

**El Pleno de la Sala IV afirma que la empresa no tiene que complementar la prestación por desempleo en caso de ERTE por fuerza mayor, establecido en un convenio colectivo provincial expirado, sustituido por uno superior que no lo contempla**

**Se discute en el recurso si la mercantil demandada -restauración colectiva- en proceso de conflicto colectivo debe complementar la prestación por desempleo -hasta el 100%- que su plantilla ha recibido durante el ERTE tramitado por fuerza mayor, derivado de la crisis sanitaria por la pandemia de la Covid-19, habiéndose visto exonerada del abono de las cuotas de Seguridad Social.**

La confederación sindical recurrente pretende que se aplique el Convenio Provincial de Hostelería de Guipúzcoa que contempla el pretendido complemento. Señala la Sala que tal Convenio no es aplicable ya que había perdido su vigencia, y fue sustituido por el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva que no contempla el complemento pretendido. En contra de lo manifestado por la actora, no cabe hablar de la contractualización de las condiciones de trabajo previstas en el convenio provincial, cuya vigencia ha terminado y sustituido en su integridad por el de ámbito superior. Y es que, el presupuesto de la contractualización quiebra cuando surge un convenio colectivo “completo”, desplazando en tal caso al contenido del precedente, aunque estuviera incorporado a los contratos de trabajo, pues lo contrario vulneraría la regulación de las fuentes de la relación laboral que el ordenamiento consagra, y atentaría contra la propia autonomía colectiva.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 991

Fecha: 20/04/2022

Nº de Recurso: 264/2021

Nº de Resolución: 359/2022

Procedimiento: Recurso de casación

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Tipo de Resolución: Sentencia

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **SENTENCIA**

Madrid, a 20 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical ELA, representada y defendida por el Letrado Sr. Illarreta Isasa, contra la sentencia n.º 1132/2021 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 6 de julio de 2021, en autos n.º 46/2021, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Comercial Aibak TRS, S.L. y el Sindicato LAB (que se adhirió posteriormente a la demanda), sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrida la empresa Comercial Aibak TRS, S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. Antunez Villanueva.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Confederación Sindical ELA interpuso demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior del País Vasco. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare el derecho de las personas afectadas por el ERTE de Fuerza Mayor a que les sea complementada la cuantía percibida por prestaciones de desempleo derivadas de dicho ERTE, hasta el 100% de su salario, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a abonar la cuantía correspondiente a dicho complemento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 6 de julio de 2021 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: "Que desestimamos la demanda de conflicto colectivo dirigida por la Confederación Sindical ELA frente a la empresa "COMERCIAL AIBAK TRS, S.L." y el Sindicato LAB, a la que este último se adhirió, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones".

CUARTO.- Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:

"1.º.- El presente conflicto colectivo afecta a todas las personas trabajadoras de la empresa AIBAK que prestan sus servicios en Gipuzkoa en actividades de cocina, monitorado de comedor, gestión y administración de la demandada, versando el mismo sobre el derecho al percibo del complemento de la prestación por desempleo derivada de ERTE, con base en el artículo 25.c) del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Gipuzkoa.

2.º.- El Comité de Empresa de la demandada está formado por nueve miembros, de los que 5 pertenecen al Sindicato ELA y los 4 restantes al Sindicato LAB.

3.º.- La empresa demandada, que se dedica a servicios y colectividades, en catering y restauración, principalmente en empresas y colegios, ha tramitado un ERTE por fuerza mayor, comunicado a la representación de la plantilla el 13 de marzo de 2020, derivado de la crisis sanitaria y el estado de alarma declarado por RD 463/2020, de 14 de marzo, habiéndose visto exonerada del abono de las cuotas de Seguridad Social tras haberlo solicitado así. Dicho ERTE fue de suspensión temporal de la actividad y tuvo una duración inicial de 15 días a partir del 13 de marzo de 2020, prorrogándose hasta el 22 y 26 de junio del mismo año.

4.º.- El Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Gipuzkoa para 2008-2010 - BOG de 5 de febrero de 2009

- tenía una vigencia desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010, pasando posteriormente a situación de ultraactividad y perdiendo definitivamente su vigencia el 7 de julio de 2013.

5.º.- El artículo 25.c) del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Gipuzkoa contempla un complemento de la prestación por desempleo en caso de suspensión de contratos por causas tecnológicas, económicas o de fuerza mayor hasta el 100% del salario de la persona trabajadora, si la autoridad laboral exonera a las empresas de la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

6.º.- En el Acta de constitución de la Mesa Electoral de las elecciones sindicales en la empresa de 29 de noviembre de 2016 se hace referencia al "Convenio Colectivo Sectorial de Hostelería".

7.º.- De 49 contratos de trabajo aportados por la parte demandante, 48 ellos del año 2017 - de los que 32 son del mes de enero, 8 del mes de junio y otros 8 del mes de septiembre - y uno de marzo de 2019, en todos ellos hay una remisión al Convenio Colectivo de Hostelería de Gipuzkoa.

8.º.- Cuatro contratos de trabajo celebrados en septiembre de 2020 se remiten al Convenio Colectivo de Hostelería, sin mayor especificación.

9.º.- Según recibos de salarios de los/as trabajadores/as D. Ramón, D.ª Consuelo, D.ª Covadonga, D.ª Custodia y D.ª Elisa, la empresa ha abonado:

- cantidad por antigüedad según nuevos trienios en los años 2018, 2019, 2020 y 2021

- complemento del subsidio de IT hasta el 75% en 2018, 2019, 2020 y 2021

- en este año hasta el mismo mes de junio

- cantidad en concepto de dietas/transporte.

10.º.- En fecha que no consta, la empresa demandada dirigió un escrito al Sindicato ELA ZERBITZUAK en el que se decía que, basándose "en el Convenio de Hostelería de Gipuzkoa, anualmente se pasa la comunicación para inscripción en los reconocimientos médicos, respetando así el Artículo 28 de dicho Convenio", señalando la fecha prevista para los reconocimientos en el ejercicio 2020 en los meses de abril y mayo.

11.º.- El 12 de noviembre de 2014 el Sindicato ELA realizó solicitud a la empresa sobre provisión de uniformes y zuecos adecuados según el artículo 22 del Convenio de Hostelería de Gipuzkoa.

12.º.- La empresa ha mantenido algunas categorías profesionales que no constan en el ALEH ni en los Convenios Colectivos Estatales del Sector Laboral de Restauración Colectiva que luego se mencionarán, como la de "marmitón", que consta en un contrato de trabajo celebrado el 9 de enero de 2017. Las restantes categorías que constan en las nóminas aportadas -cocinera y auxiliar de colectividades-, constan en los Convenios Colectivos Estatales del Sector Laboral de Restauración Colectiva que luego se dirán.

13.º.- El 21 de mayo de 2015 se publicó en el BOE el V Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el sector de la Hostelería -en adelante, ALEH-, en cuyo ámbito funcional se incluye el catering y los comedores colectivos y cuyo ámbito temporal era del 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2019. Dicho Acuerdo ha sido prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2021 por acuerdo entre las partes firmantes -BOE de 23 de noviembre de 2020-

El 22 de marzo de 2016 se publicó en el BOE el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva cuya vigencia temporal es, según su artículo 5, desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2018 y cuyo artículo 2, referido a su ámbito funcional, se remite al artículo 59.1 del ALEH. Dicho Convenio recoge en su Anexo las Tablas Salariales, con salario base y complementos, para sus dos años de vigencia, por Comunidades Autónomas, incluyendo al País Vasco y sus tres Territorios Históricos. El 18 de junio de 2019 se publicó en el BOE el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva para el año 2019, cuya vigencia temporal es, según su artículo 5, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2019 y cuyo artículo 2, referido a su ámbito funcional, se remite al artículo 59.1 del ALEH. Dicho Convenio recoge en su Anexo las Tablas Salariales, con salario base y complementos, para sus dos años de vigencia, por Comunidades Autónomas, incluyendo al País Vasco y sus tres Territorios Históricos. El 14 de mayo de 2021 se publicó en el BOE el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva para los años 2020-2021, con vigencia, según su artículo 5 es desde el 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre

de 2021 y cuyo artículo 2, referido a su ámbito funcional, se remite al artículo 59.1 del ALEH. Dicho Convenio recoge en su Anexo las Tablas Salariales, con salario base y complementos, para sus dos años de vigencia, por Comunidades Autónomas, incluyendo al País Vasco y sus tres Territorios Históricos.

14.º.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó Sentencia el 28 de septiembre de 2016 - procedimiento n.º 211/2016 -, en la que el Sindicato ELA impugnaba diversos preceptos del I Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva. Dicha Sentencia estima la falta de acción del Sindicato demandante en relación con las pretensiones planteadas, en las que pide que la Sala promueva cuestión de prejudicialidad o cuestión de constitucionalidad, porque la promoción de ambas cuestiones es potestad del órgano judicial, sin que quepa introducirlas en el suplico de la demanda, y se concluye que los preceptos impugnados traen causa en la regulación estatutaria de la negociación de la estructura de la negociación colectiva y de las reglas de concurrencia de convenios, así como en el V ALEH, negociado conforme al artículo 83.2 ET, que no fue impugnado y vincula a los negociadores del convenio impugnado, descartándose que los artículos 84.3 y 4 y

85.3.e) ET vulneren la Constitución ni los tratados suscritos por España ni el ordenamiento jurídico comunitario, rechazándose también la ilegalidad de los preceptos impugnados. Dicha Sentencia fue confirmada por la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2018- RC 54/2017 -.

15.º.- El 20 de abril de 2021 se celebró Acto de Conciliación ante el Consejo de Relaciones Laborales, finalizando el mismo sin avenencia".

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Confederación Sindical ELA. Su Letrado, Sr. Illarreta Isasa, en escrito de fecha 30 de julio de 2021, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS, por error de hecho en la apreciación de la prueba obrante en autos. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art.

25.c) Convenio Colectivo Provincial de la Hostelería de Gipuzkoa en relación con los arts. 3.1 y 3.3 ET, infracción del art. 86.4 ET, infracción por inaplicación del art. 7 Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del conflicto.

Se discute si la mercantil demandada ("Comercial Aibak TRS, S.L.") debe complementar la prestación por desempleo (hasta el 100% del salario) que su plantilla ha recibido durante la suspensión contractual provocada por la pandemia de la Covid-19 (ERTE).

Por razones cronológicas, el debate se centra sobre el alcance de las normas que regulan la vigencia de los convenios colectivos anteriores a la reforma operada mediante Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre.

1. El convenio colectivo guipuzcoano de hostelería.

A) En el Boletín Oficial de Gipúzcoa núm. 23 de 5 de febrero de 2009 se publicó el Convenio Colectivo de Hostelería de Gipuzkoa de 2008-2010 (Código de convenio n.º 2000705). Su artículo 25

("Despidos") tiene tres apartados ordenados bajos las letras A, B y C; el primero referido a los despidos por causas objetivas, el segundo a los despidos disciplinarios y el tercero a las "Suspensiones de contrato por causas tecnológicas, económicas o de fuerza mayor". El conflicto que ahora resolvemos versa, exclusivamente, sobre el tercero de ellos; su tenor es el siguiente:

Cuando exista expediente administrativo con suspensiones temporales de empleo, la empresa complementará la prestación por desempleo que le corresponda al trabajador hasta el 100% del salario del mismo, si la autoridad laboral exonera a las empresas de la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

B) Este convenio tenía una vigencia desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010, pasando posteriormente a situación de ultraactividad. Como consecuencia de las modificaciones normativas introducidas mediante Ley 3/2012, perdió su vigencia el 7 de julio de 2013.

## 2. Acuerdo de Hostelería y Convenios estatales de Restauración colectiva.

Por ser datos normativos relevantes para el caso (aunque la sentencia recurrida los incluye como hechos probados), interesa resaltar los siguientes:

A) El 21 de mayo de 2015 se publicó en el BOE el V Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el sector de la Hostelería (ALEH), en cuyo ámbito funcional se incluye el catering y los comedores colectivos; su vigencia se prolongaba hasta finales de 2019, siendo prorrogado expresamente hasta el 31 de diciembre de 2021 (BOE 23 noviembre 2020).

B) El 22 de marzo de 2016 se publicó en el BOE el I Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva (I CCE) cuya vigencia temporal es, según su artículo 5, desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2018 y cuyo artículo 2, referido a su ámbito funcional, se remite al artículo 59.1 del ALEH. Dicho Convenio recoge en su Anexo las Tablas Salariales, con salario base y complementos, para sus dos años de vigencia, por Comunidades Autónomas, incluyendo al País Vasco y sus tres Territorios Históricos.

El artículo noveno del convenio colectivo ("Prelación de normas") dispone que las relaciones laborales de trabajadoras/es y empresas incluidas en su ámbito funcional se regirán por las "normas convencionales" que menciona. En particular "el presente Convenio Colectivo del Sector de Colectividades será de aplicación a todo el territorio del Estado, con independencia de que se hallen o no cubiertos los ámbitos de negociación colectiva territorial, en las comunidades autónomas, en las provincias o ámbito empresarial, previéndose las reglas de aplicación que correspondan cuando pudiera presentarse supuesto de concurrencia, con el fin de garantizar la vocación estatal, sin exclusión de ningún territorio de su ámbito de aplicación".

La disposición adicional segunda ( DA 2.ª) del convenio regula las "Reglas de concurrencia", que concluye así "En consecuencia, será prioritario y excluyente este convenio desde su entrada en vigor respecto de cualquier otro posible a excepción de lo recogido en el artículo 84.2 del ET; aplicándose el presente criterio junto con el de la pérdida de vigencia natural y la fecha de constitución de la mesa negociadora del presente convenio para la resolución de cualquier conflicto de concurrencia entre convenios de distintos ámbitos".

Confirmando la previa decisión de la Audiencia Nacional ( SAN 28 septiembre 2016, proc. 211/2016), nuestra STS 269/2018 de 13 marzo (rec. 54/2017) desestimó la pretensión del sindicato ELA sobre impugnación del convenio colectivo en cuestión.

C) El 18 de junio de 2019 se publica en el BOE el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva para el año 2019, cuya vigencia temporal es, según su artículo 5, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2019 y cuyo artículo 2, referido a su ámbito funcional, se remite al artículo 59.1 del ALEH. Dicho Convenio recoge en su Anexo las Tablas Salariales, con salario base y

complementos, para sus dos años de vigencia, por Comunidades Autónomas, incluyendo al País Vasco y sus tres Territorios Históricos.

D) El 14 de mayo de 2021 se publica en el BOE el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva para los años 2020-2021, con vigencia, según su artículo 5 es desde el 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2021 y cuyo artículo 2, referido a su ámbito funcional, se remite al artículo 59.1 del ALEH. Dicho

Convenio recoge en su Anexo las Tablas Salariales, con salario base y complementos, para sus dos años de vigencia, por Comunidades Autónomas, incluyendo al País Vasco y sus tres Territorios Históricos.

### 3. Hechos relevantes del supuesto y delimitación del litigio.

Tanto del relato de hechos probados, más arriba transcrito, cuanto de las afirmaciones vertidas a lo largo de la fundamentación de la resolución recurrida, se desprende lo siguiente:

A) La empresa se dedica a servicios y colectividades, en catering y restauración y ha tramitado un ERTE por fuerza mayor, derivado de la crisis sanitaria y el estado de alarma declarado por RD 463/2020, de 14 de marzo, habiéndose visto exonerada del abono de las cuotas de Seguridad Social (desde 13 de marzo hasta 26 de junio de 2020) (HP 3.º).

B) En diversos contratos de trabajo fechados entre 2017 y 2020, así como en un Acta de constitución de Mesa Electoral, se alude como aplicable al convenio colectivo de hostelería de Guipúzcoa (HP 6.º a 8.º).

C) Mediante su demanda de conflicto colectivo, fechada el 1 de junio de 2021, la Confederación Sindical ELA solicita que "Se declare el derecho de las personas afectadas por el ERTE de Fuerza Mayor a que les sea complementada la cuantía percibida por prestaciones de desempleo derivadas de dicho ERTE, hasta el 100% de su salario".

D) La sentencia recurrida advierte que "no se pronunciará sobre otros derechos y condiciones de trabajo contemplados en el Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Gipuzkoa, sino únicamente sobre el concreto objeto del presente debate, esto es, sobre el complemento reclamado" (Fundamento Segundo).

E) La cuestión suscitada debe abordarse partiendo de los datos expuestos, "sin que en esta concreta materia ahora litigiosa, cual la del complemento de prestación por desempleo derivado de ERTE ahora reclamado, la empresa demandada haya realizado en ningún momento acto alguno de aplicación del mismo desde el 7 de julio de 2013 ni asumido su vigencia expresa o tácitamente", tal y como afirma la sentencia recurrida.

### 4. Sentencia recurrida.

Mediante su sentencia 1132/2021 de 6 de julio la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco desestima la demanda de ELA (proc. 46/2021), concluyendo que "resulta de aplicación, en la materia ahora litigiosa, el Convenio superior, esto es, el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva, que en ninguno de los tres Convenios sucesivos mencionados más arriba, vigentes desde el 1 de enero de 2015, contempla el complemento pretendido, por lo que no existe derecho a su percibo". Teniendo en cuenta las previsiones del convenio colectivo guipuzcoano de hostelería (cf. el apartado 1 de este Fundamento) y las previsiones de los posteriores para el sector de restauración colectiva (cf. el apartado 2), más los datos fácticos del caso (apartado 3), la sentencia aboca a tal conclusión sobre la base la siguiente argumentación:

A) La empresa demandada se dedica a la restauración colectiva y los tres convenios colectivos reseñados incluyen esa actividad en su ámbito funcional.



B) Esos tres convenios colectivos no son meramente estructurales, sino "completos o plenos", pues abordan las materias propias de la negociación colectiva (inclusive las retributivas).

C) Fracasó la impugnación del I Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva por el demandante Sindicato ELA.

D) El Convenio Colectivo de Hostelería de Guipúzcoa perdió vigencia definitivamente el 7 de julio de 2013, por mor de lo dispuesto en su artículo 4, referido a su ámbito temporal, que preveía que su vigencia sería del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre del año 2010 y que el Convenio quedaría automáticamente denunciado a su finalización, lo que hizo que pasara a situación de ultraactividad y se viera afectado por la Ley 3/2012.

E) La empresa demandada no ha realizado en ningún momento acto alguno de aplicación del precepto invocado.

5. Recurso de casación e intervenciones concordantes.

A) Mediante escrito de 30 de julio de 2021 el Abogado y representante del Sindicato ELA formaliza su recurso de casación, estructurado en dos motivos. En el primero, interesa la reformulación de los hechos probados, con la finalidad de que conste que el convenio guipuzcoano seguía aplicándose en la empresa.

El segundo denuncia la infracción del citado convenio provincial en relación con los arts. 3.1 y 3.3 ET; asimismo considera que la sentencia recurrida infringe el art. 86.4 ET, infracción por inaplicación del art. 7 Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva.

B) A través del escrito fechado el 13 de septiembre de 2021, el Abogado y representante de la empresa impugna el recurso de casación. Considera que el primer motivo no cumple con las exigencias legales y jurisprudenciales para que pueda revisarse la crónica judicial de instancia.

Respecto del tema de fondo, entiende que la propia doctrina invocada por el recurso aboca la aplicación del convenio de ámbito superior. Subraya que la empresa no ha realizado acto alguno de reconocimiento del derecho invocado y que el convenio provincial quedó sin posible aplicación a partir del momento en que surgieron los propios del sector.

C) Con fecha 7 de enero de 2022 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214 LRJS. Descarta que la revisión fáctica pretendida se ajuste a las exigencias legales, porque los documentos invocados ya fueron valorados y de ellos no se desprende lo pretendido, además de resultar intrascendente la revisión pedida.

Sobre la cuestión de fondo expone que la "contractualización" de condiciones de trabajo es sostenible en tanto no exista un convenio colectivo de ámbito superior. Examina con detenimiento nuestras SSTS 22 diciembre 2014 (rec. 264/2014) y 23 septiembre 2015 (rec. 2090/2014), concluyendo que su doctrina viene a concordar con la acogida por la sentencia recurrida, por lo que la misma debe ser confirmada.

SEGUNDO.- Revisión de los hechos probados (Motivo 1.º del recurso).

Siguiendo el orden lógico que establece el artículo 207 LRJS al enumerar las causas o motivos en que puede basarse el recurso de casación, así como el propio del escrito formalizador de la casación, hemos de comenzar examinando con detalle la solicitud de revisión fáctica que suscita la CGT.

El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios". En concordancia, el artículo 210.2.b LRJS dispone que "en los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se

fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna".

Antes de examinar las revisiones postuladas hemos de recordar las limitaciones y funcionalidad que esa cuarta apertura del artículo 207 LRJS posee. El precepto no permite la reconsideración plena del material probatorio. Se limita, por el contrario, a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas (de carácter documental), se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Las consecuencias de esta configuración legal son múltiples puesto que condiciona las posibilidades reales de que la revisión de hechos probados se produzca en casación.

#### 1. Exigencias para que proceda la revisión interesada.

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican las limitaciones legales y jurisprudenciales existentes en orden a la revisión de hechos probados. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 793/2021 de 15 julio (rec. 68/2021) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).

2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.

4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión

sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte" encuentra fundamento para las modificaciones propuestas

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo.



Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

No todos los datos que figuran en la prueba de las partes han de tener acceso a relación de hechos probados de la sentencia, sino únicamente aquéllos que resulten trascendentes para el fallo. La revisión fáctica propuesta ha de ser trascendente para la resolución del litigio, es decir, de entidad suficiente para hacer variar el signo del pronunciamiento de instancia, pues en otro caso resultaría inútil. En efecto, "la inclusión de hechos probados solo debe efectuarse con respecto a aquéllos que sean esenciales para la resolución de la cuestión debatida, en el sentido de trascendentes para modificar el pronunciamiento impugnado, y que hayan sido objeto de debate y prueba procedente por haber sido alegados oportunamente por las partes" ( STS de 27 de marzo de 2000, rcud 2497/1999 ). Lo que conduce a rechazar aquéllas modificaciones que carecen de trascendencia para la resolución del litigio y que únicamente se justifican porque la redacción propuesta es de mayor agrado del recurrente, pues, reiteramos, el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida ( STS 11 de febrero de 2014, rec. 27/2013 ).

## 2. Alcance de la rectificación interesada.

A) Al amparo del art. 207.d) LRJS el motivo de recurso interesa la modificación del HP 12.º. Recordemos que, conforme al mismo

La empresa ha mantenido algunas categorías profesionales que no constan en el ALEH ni en los Convenios Colectivos Estatales del Sector Laboral de Restauración Colectiva que luego se mencionarán, como la de "marmitón", que consta en un contrato de trabajo celebrado el 9 de enero de 2017. Las restantes categorías que constan en las nóminas aportadas - cocinera y auxiliar de colectividades -, constan en los Convenios Colectivos Estatales del Sector Laboral de Restauración Colectiva que luego se dirán.

B) Invocando el tenor de los recibos de salarios obrantes en autos (doc. 6), el sindicato recurrente desea acreditar la voluntad de la demandada de mantener las condiciones del Convenio Provincial y a tal efecto propone la siguiente redacción del HP Duodécimo:

La empresa ha mantenido todas las categorías profesionales y niveles del Convenio Colectivo Provincial de la Hostelería de Guipúzkoa, dándose la circunstancia de que algunas coinciden con las categorías que constan en el ALEH y en el Convenio del Sector Laboral de Estatal de la Restauración Colectiva, y otras no, como por ejemplo la de "marmitón".

## 3. Consideraciones de la Sala.

A) Por lo pronto, de las argumentaciones vertidas en el recurso y de los invocados documentos no deducimos que haya habido error alguno en el relato que ha confeccionado la sentencia de instancia.

Mucho menos cabe pensar que el HP duodécimo incurra en una errónea apreciación y que la misma se desprenda de forma clara, directa y patente de las nóminas en cuestión.

B) Recordemos que la mera discrepancia con el tenor del relato judicial es insuficiente para corregirlo; en realidad, lo que pretende el recurso es enfocar lo sucedido desde la perspectiva de que tiene razón en el tema de fondo; lo que hace la sentencia, por el contrario, es dar cuenta de lo que aparece como indiscutible.

C) Los "otros elementos probatorios" a que alude el artículo 207.d) LRJS tampoco están ausentes. Así, por ejemplo, el Acta constituyendo la Mesa Electoral (2016) habla del "Convenio Colectivo Sectorial de Hostelería" (HP 6.º) y los contratos de trabajo de 2020 examinados por la sentencia aluden al "Convenio

Colectivo de Hostelería, sin mayor especificación" (HP 8.º), es decir, sin especificar su carácter provincial o estatal, mientras que los anteriores sí se referían al convenio provincial (HP 7.º).

A la vista de esos otros datos (inatacados) no nos cabe duda de que la sentencia recurrida ha elaborado con acierto el relato de lo acaecido respecto de las categorías profesionales aplicadas: las del sector de Restauración Colectiva y algunas que no están ni en la norma sectorial de hostelería ni en la de Restauración Colectiva.

D) El carácter decisivo del cambio pretendido es una exigencia crucial para que proceda la revisión de lo acaecido, en el bien entendido que esa cualidad dirimente va referida lo que se ventila en el concreto procedimiento. Al delimitar los términos del debate (apartado 3 del Fundamento Primero) ya hemos advertido que solo se discute si puede considerarse vigente el derecho a percibir el complemento por desempleo.

Puesto que la sentencia recurrida ha advertido que "no se pronunciará sobre otros derechos y condiciones de trabajo contemplados en el Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Gipuzkoa, sino únicamente sobre el concreto objeto del presente debate, esto es, sobre el complemento reclamado" y dado que la rectificación fáctica pedida no se refiere a ese extremo sino al de mantener las categorías profesionales del convenio provincial, la verdad es que palidece ese carácter decisivo del cambio pedido.

E) En suma, tal y como expone el Informe de Fiscalía, el motivo no puede prosperar puesto que los documentos en que se basa la modificación fueron ya valorados por la Sala, y de ellos no se desprende lo que la parte recurrente pretende, sin que resulten decisivos para la modificación del fallo.

TERCERO.- Subsistencia del derecho contractualizado (Motivo 2.º del recurso).

El artículo 207.e) LRJS admite la casación basada en "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". Este es el cauce a cuyo través articula ELA su segundo, y último, motivo de recurso.

A) Considera el recurrente que la sentencia ha infringido el art. 25 c) del CC Provincial de la Hostelería de Guipúzcoa, en relación con los arts. 3.1 y 3.3 ET; el art. 86.4 ET por inaplicación del art. 7 del CC Estatal de Restauración Colectiva, así como de la doctrina contenida en la STS de 22 diciembre 2014.

B) Solicita la aplicación del art. 25.c) del Convenio Provincial de Hostelería, tanto a los trabajadores a los que les fue de aplicación durante su vigencia, como a los que se incorporaron con posterioridad (antes y después del 8 de julio de 2013). Al primer colectivo por la teoría de la contractualización ( STS 22 diciembre 2014), así como por aplicación de la teoría de los actos propios de la demandada, que constituyen una condición más beneficiosa. A las personas incorporadas después de 8 de julio de 2013, por haberlo recogido expresamente en sus contratos de trabajo y por su aplicación pacífica.

C) Invoca también la STS 23 septiembre 2015 (rec. 209/2014), así como diversa doctrina judicial, en apoyo de su postura.

D) Expone que el ámbito funcional del CC Estatal de Restauración Colectiva y el Provincial es diverso, por lo que no estaríamos ante una sucesión de Convenios.

E) Finaliza el Sindicato recurrente con alusión al art. 7 del Convenio Estatal, manteniendo también que se trata de una condición más beneficiosa y que existe un acuerdo bilateral (empresario-trabajador) de aplicar el Convenio.

En los Fundamentos de Derecho que siguen vamos a examinar las diversas infracciones denunciadas, comenzando, claro está, por las relacionadas con el desconocimiento de nuestra doctrina sobre contractualización de las condiciones contenidas en un convenio colectivo que llega a su término.

CUARTO.- La contractualización de condiciones convencionales y su presupuesto. 1. La STS 22 diciembre 2014 (rec. 264/2014 ).

A) La STS 22 diciembre 2014 (rec. 264/2014; Atese S.L.) confirma la de instancia, ordenando que se "repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo". Tiene como presupuesto básico el que el convenio colectivo (de empresa) que venía aplicándose había llegado a su término, habiendo mediado denuncia y finalizado el plazo de ultraactividad, sin que existiera convenio de ámbito superior aplicable. Cuando, en aquel caso, optamos por la denominada "tesis conservacionista" lo hacíamos ante la necesidad de evitar incertidumbres en materias cruciales de la relación laboral:

"Lo cual quiere decir que, de aplicarse la que denominamos "tesis rupturista", se producirían indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador (con independencia de la labor

desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc. etc."

B) Basta la lectura de los hechos probados para comprobar que la situación (súbita y total) de vacío regulador sobre las condiciones principales de la relación laboral nada tiene que ver con el presente litigio.

La sentencia recurrida ( y conviene no olvidar que la casación debe dirigirse frente a la misma, no frente a la decisión empresarial combatida) desestima la demanda porque llega a la conclusión de que "resulta de aplicación, en la materia ahora litigiosa, el Convenio superior, esto es, el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva, que en ninguno de los tres Convenios sucesivos mencionados más arriba, vigentes desde el 1 de enero de 2015, contempla el complemento pretendido, por lo que no existe derecho a su percibo".

C) De lo anterior deriva que difícilmente puede entenderse desconocida la doctrina de nuestra STS de 22 diciembre 2014 (rec. 264/2014), por lo demás, ampliamente transcrita en la propia resolución de la Sala del País Vasco.

Resultando aplicable a la empresa un convenio colectivo de ámbito superior al fenecido, es claro que desaparece el riesgo de vacío en materias fundamentales y prototípicas de la negociación colectiva.

2. La STS 23 septiembre 2015 (rec. 209/2014 ).

A) También considera el recurrente que la Sala de instancia ha desconocido la doctrina de nuestra STS 23 septiembre 2015 (rec. 209/2014), al hilo de la posible eficacia ultraactiva del Convenio Provincial de Guipúzcoa para Limpieza de Edificios y Locales, que había finalizado su vigencia con antelación a la Ley 3/2012, cuestionándose la posible aplicación supletoria del convenio sectorial de ámbito estatal. En ella viene a concluirse que, salvo en las materias reguladas en el convenio sectorial de ámbito estatal, las demás condiciones de trabajo establecidas con anterioridad en el provincial seguirán siendo de aplicación a los trabajadores afectados por el conflicto. Ahora bien, una parte relevante de su argumentación va referida al tenor del convenio estatal:

[...] no contempla los aspectos más típicamente "normativos" y relevantes del vínculo laboral individual, tales como retribuciones, excedencias, licencias, jornadas, permisos, vacaciones, horas extraordinarias, etc. (arts. 6 a 21, entre otros, del convenio provincial), y sin duda fueron éstos los que nuestra sentencia de 22-12-2014 pretendía "conservar" (tesis "conservacionista", se decía), la solución ha de ser la misma, sin perjuicio, obviamente, no sólo de lo establecido legalmente en materia de

conurrencia de convenios ( art. 84 ET ) sino también de la incidencia que pudiera tener la tradicional doctrina jurisprudencial en torno a la rechazable técnica del "espiguelo normativo" (por todas STS 15-9-2014, R. 2900/12, y las que en ella se citan), cuestiones ambas no suscitadas en absoluto en este proceso.

[...] no se pone en duda por ninguno de los litigantes la prevalencia, primacía y aplicabilidad del Convenio sectorial de ámbito superior (el Convenio Estatal, BOE 23-5-2013, cuyo objetivo declarado consiste en "regular materias de ordenación común para todo el Sector y distribuir competencias normativas reguladoras entre los distintos niveles negociables": art. 2.º.2 ) que, pese a ello, como hemos visto, no contempla en absoluto derechos y obligaciones relevantes que regulaba el convenio de ámbito provincial (retribuciones, jornada, permisos, vacaciones, etc.), la solución que se impone, en contra de lo que al respecto sostiene el muy completo y motivado dictamen del Ministerio Fiscal, por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, no es sino, como ya adelantamos, la confirmación del fallo de instancia.

B) Nuestra STS de 2015, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, aborda un supuesto diferente al de autos, puesto que en aquel caso el Convenio Sectorial no regulaba materias, como retribuciones o permisos, que constituyen contenido normativo fundamental de un Convenio Colectivo, por lo que debía seguir aplicándose en esas materias el Convenio provincial extinto.

Nada de ello ocurre en nuestro caso. El Convenio Sectorial, como expone la resolución recurrida es un instrumento colectivo "completo o pleno", dado que recoge en sus Capítulos todas las materias propias de la negociación colectiva y un Anexo con Tablas Salariales por Comunidades Autónomas, incluyendo la del País Vasco y sus tres Territorios Históricos, con detalle de salario base y complementos salariales.

Como evidenciara la STS 208/2019 de 13 marzo (rcud. 3797/2016), con cita de otras muchas, "la ratio decidendi de tal sentencia por la que excluyó la aplicabilidad del convenio superior no fue negar la autoridad de la redacción del artículo 86.3 ET, ni siquiera establecer que una supuesta contractualización de las condiciones impediría la aplicación del precepto estatutario en cuestión, fue que el convenio de ámbito superior no era

un verdadero convenio en el que se establecen condiciones de trabajo sino que se trataba de un convenio cuyo objetivo declarado consiste en "regular materias de ordenación común para todo el Sector y distribuir competencias normativas reguladoras entre los distintos niveles negociables" (art. 2.º.2) que, pese a ello, como hemos visto, no contempla en absoluto derechos y obligaciones relevantes que regulaba el convenio de ámbito provincial (retribuciones, jornada, permisos, vacaciones, etc.). Nada que ver, por tanto, con el presente supuesto en el que el convenio de ámbito superior regula las mismas materias que el convenio fenecido, tratándose ambos de convenios ordinarios que, típicamente, regulan condiciones de trabajo".

C) Pese a que no se trata del mismo supuesto, la propia STS de 2015 advierte sobre la imposibilidad de llegar a un "espiguelo" por la vía de adicionar condiciones retributivas previstas en instrumentos diversos. Al cabo, eso es lo que acabaría sucediendo si a los derechos y obligaciones de tal índole contemplados en el convenio colectivo (nuevo) de aplicación se adicionan los preexistentes (en cuanto condiciones contractualizadas) y dimanantes del anterior convenio colectivo.

### 3. Las sentencias de Pleno de 2018.

Las SSTS 587/2018 de 5 junio (rec. 364/2017 y 427/2017), 603/2018 de 7 junio (rec. 663/2017) contienen la doctrina que debemos aplicar y que da respuesta directa a varios de los argumentos vertidos en el recurso. Recordemos sus razonamientos fundamentales:

La regla de la ultraactividad esté concebida, como norma disponible para la autonomía colectiva, para conservar provisionalmente las cláusulas del convenio anterior mientras continúe la negociación del convenio siguiente, durante un determinado tiempo que la ley considera razonable, pero no para cubrir vacíos normativos surgidos como consecuencia de la conclusión del convenio cuya vigencia ha terminado, ni para perpetuarse eternamente.

El legislador al objeto de evitar el vacío normativo que se produciría con la pérdida de vigencia del convenio, establece la aplicación del convenio de ámbito superior que resulte de aplicación. En este caso, no existe una sucesión natural de un convenio de ámbito inferior por otro de ámbito superior, sino una *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el convenio de ámbito superior que pasa a ordenar, de manera independiente, las relaciones laborales de la empresa. No existe, pues, contractualización del convenio cuya vigencia ha terminado sino su completa sustitución por el de sector.

La regulación del régimen de ultraactividad legal implica, como impone el artículo 86.3 ET, que transcurrido un año desde la denuncia del convenio "se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación". La claridad de la voluntad del legislador resulta palmaria de la propia construcción normativa y de las exposiciones de motivos de las normas reformadoras. Éstas, con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, introducen modificaciones respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una "petrificación" de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año. Parece evidente que a tal finalidad y, especialmente, a la de evitar vacíos normativos responde el mandato legal de aplicación, si lo hubiere, del convenio superior que resultase de aplicación. La solución legal implica tener que establecer si existe o no existe un convenio de ámbito superior y, de existir varios, delimitar cual es, precisamente, el aplicable.

En el presente supuesto ni hay duda sobre la existencia de convenio de ámbito superior, ni de que el existente resulta aplicable, por lo tanto, se impone el cumplimiento de la norma legal en su plenitud, sin que resulte procedente la aplicación de técnicas extrañas al precepto y a la propia configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo dispuestas excepcionalmente por esta Sala en un supuesto específico en que se produjo un vacío normativo absoluto y la única alternativa posible era la desregulación cuyas consecuencias resultan especialmente extrañas en el ámbito de las relaciones laborales.

#### 4. Conclusión.

La doctrina sobre contractualización de las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo fenecido tiene un claro presupuesto: que no exista convenio colectivo aplicable regulando los contenidos prototípicos de la negociación colectiva (tiempo de trabajo, retribuciones).

Las STS 855 y 857/2021 de 7 septiembre (rcud. 1103/2018 y 1876/2018), con cita de otras muchas, exponen que cuando el convenio colectivo de ámbito superior pasa a aplicarse ya no cabe hablar de contractualización:

"El convenio de ámbito superior sustituye al de empresa, regulando las relaciones laborales de los trabajadores y excluyendo la contractualización del convenio cuya vigencia ha terminado".

QUINTO.- El respeto a las condiciones más beneficiosas.

### 1. Planteamiento del recurso.

A) El artículo 7.º del Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva, bajo la rúbrica de "Garantía personal. Compensación y absorción" dispone lo siguiente:

En relación a la compensación y absorción y hasta el momento de la reestructuración salarial, se mantendrán vigentes las cláusulas recogidas en los distintos convenios sectoriales que se vinieran aplicando. Aquellas empresas que tengan establecidas mejoras tanto salariales, como condiciones más beneficiosas a sus trabajadores, que deriven bien de acuerdos con la representación unitaria o bien de acuerdos individuales, y que examinadas en su conjunto y cómputo anual superen a las que resulten por aplicación del presente convenio, mantendrán la naturaleza de dichos conceptos, es decir si eran compensables y absorbibles lo seguirán siendo y si no lo eran no.

B) El recurso, que afirma respetar la doctrina sobre imposibilidad de que surjan condiciones más beneficiosas a partir del convenio colectivo, entiende que es la voluntad de quienes ha negociado el convenio colectivo la que aboca a respetar la virtualidad del derecho recogido en el antiguo convenio colectivo provincial de Guipúzcoa.

### 2. La condición más beneficiosa.

Tal y como expone, entre otras muchas, nuestra STS 761/2021 de 7 julio (rec. 137/2019, Endesa), el convenio no es fuente de condiciones más beneficiosas. En la jurisprudencia constitucional la STC 58/1985, de 30 de abril

, entre muchas otras, ha venido estableciendo que 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. Se ha afirmado en este sentido que la automaticidad es, por tanto, un rasgo de la configuración constitucional del convenio colectivo hasta ahora indiscutible.

En efecto, los convenios colectivos no pueden ser fuente de condiciones más beneficiosas, en tanto que el carácter normativo del convenio impide considerarle como tal al no tratarse de un acto de voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación de trabajo que se incorpora al nexo contractual ( SSTS de 8 de julio de 2010, Rec. 248/2009 y de 6 de mayo de 2009, Rec. 69/2008). Las condiciones más beneficiosas no pueden derivar del convenio colectivo, sino de la libre voluntad del empleador o de la voluntad conjunta de éste y del trabajador ( STS de 21 de octubre de 2014, Rec. 308/2013). Los derechos que sean consecuencia de un pacto de esta naturaleza (un convenio colectivo de cualquier tipo de eficacia), que expresamente prevé su duración temporal, no provocan el nacimiento de una condición más beneficiosa, sin que exista razón alguna para mantener los derechos en él establecidos después de haber expirado, pues su aplicación durante el período de vigencia no es indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables, sino aplicación de una previsión plasmada en un convenio colectivo ( SSTS de 11 de mayo de 2009, Rjud. 2509/2008 y de 14 de octubre de 2009, Rjud. 625/2009).

### 3. El tenor del artículo invocado.

El propio precepto invocado a su favor por el recurso suministra tres serios argumentos para impedir su éxito.

A) El artículo 7.º habla de condiciones más beneficiosas derivadas de "de acuerdos con la representación unitaria o bien de acuerdos individuales". Ninguna de esas hipótesis es la que concurre



en nuestro caso, donde lo que se pretende es el mantenimiento de un derecho, por vía de contractualización y pese a la existencia (sobrevvenida) de un convenio de ámbito superior.

B) La garantía personal viene a respetar el tenor de lo preexistente siempre que se compare en términos globales y por referencia a la anualidad. En momento alguno del recurso se atisba la disposición del mismo a trocar el régimen de derechos y obligaciones por el derivado de la contractualización del convenio colectivo provincial, con independencia de que ello no esté contemplado por la razón antes expuesta.

C) Las sentencias dictadas por el Pleno en 2018 también tuvieron que reflexionar sobre el alcance de una cláusula garantista similar a la ahora invocada, exponiendo lo siguiente:

Y no es óbice para alcanzar esa conclusión que el art. 8 del Convenio Colectivo de ámbito superior que resulta aplicable disponga la conservación de las condiciones personales de las que disfrutase cada trabajador,

porque esa previsión no se refiere al mantenimiento de condiciones normativas que procedan del Convenio Colectivo aplicable anteriormente, sino a las estrictamente ad personam como mejora de las condiciones legales o convencionales; y, por otro, porque en modo alguno de su tenor puede deducirse que el convenio sectorial trate de mantener parcialmente vigente el convenio ya desaparecido.

4. La STS 88/2018 de 1 febrero.

Especial interés para caso presenta la STS 88/2018 de 1 febrero (rec. 35/2017, Cruz Roja) que examina el alcance de la contractualización desde un punto de vista dinámico, es decir, posterior al momento en que fenece el convenio colectivo de origen. En concreto, los demandantes interesaban la aplicación del Convenio de transporte sanitario de enfermos y accidentados en ambulancia de Gipuzkoa, mientras que la empresa entendía que debían mantenerse las mismas condiciones laborales que tenían cuando prestaban servicios a la Cruz Roja, dimanantes de la contractualización del fenecido convenio de tal institución. Recordemos sus pasajes decisivos:

[...] que dichas condiciones estén incorporadas a los contratos de trabajo de cada uno de los trabajadores a los que afecta el actual conflicto colectivo, que estén "contractualizadas", no supone, como parece sugerir la recurrente, que dichas condiciones queden "petrificadas", es decir, que permanezcan inalterables a lo largo del tiempo.

En efecto, las condiciones del contrato de trabajo se van modificando en virtud de las normas legales o convencionales que les resulten de aplicación, tal y como establece la precitada sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 2014, casación 264/2014, al señalar: "c) Que, por lo tanto, las normas estatales y convencionales juegan un papel nomofiláctico respecto a las cláusulas contractuales. Lo que sucede es que, siendo el contrato de trabajo siempre -tanto si es indefinido como temporal- un contrato de tracto sucesivo, esa función depuradora se va desarrollando a lo largo de todo el tiempo en que el contrato esté vivo y se va adaptando a la evolución de las propias normas legales y convencionales".

Por lo tanto, pese a partir de un supuesto en que se había contractualizado el tenor del convenio colectivo, cuando sobreviene la aplicación de otro, no hemos dudado en darle preferencia, sin entender oponibles las condiciones laborales previamente incorporadas a los contratos de trabajo.

5. Conclusión.

Las sentencias de esta Sala Cuarta que el recurso invoca no poseen el alcance que les otorga. Y en otras posteriores hemos aquilatado el alcance de la doctrina sobre contractualización, precisamente en el sentido que I hace la sentencia recurrida.

SEXTO.- Sobre el tipo de convenio colectivo aplicable y los argumentos adicionales del recurso.

### 1. Planteamiento del recurso.

A) A tenor del artículo 86.4 ET "El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan".

Por otro lado, el último párrafo del artículo 86.3 ET disponía que "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".

B) Sostiene el recurso que el convenio estatal de Restauración Colectiva no tiene el mismo ámbito funcional que el provincial cuya aplicación pretende.

C) Asimismo considera que es inaplicable el artículo 86.4 ET ya que cuando se concluye el convenio estatal no había otro al que suceder, sino contratos de trabajo con unas determinadas condiciones.

### 2. El I Convenio Estatal de Restauración Colectiva.

El I CCE, vigente desde enero de 2015 albergaba la siguiente Disposición Adicional Segunda ("Reglas de concurrencia"), con el siguiente texto:

El presente acuerdo se suscribe al amparo de lo dispuesto en el artículo 83.2 ET respecto del ámbito sectorial de colectividades descrito en el artículo 1 del presente Convenio. Por lo que, además de tener, rango de convenio colectivo, regula la estructura y las reglas de concurrencia entre diferentes ámbitos.

El presente convenio, y salvo acuerdo expreso, se aplicará en cada territorio (y dentro de él en cada ámbito funcional) a la finalización de la vigencia inicial ordinaria de los convenios de aplicación anteriores. Teniendo en cuenta, a tal efecto, la fecha de constitución de la mesa de negociación del presente Convenio.

A partir de cada concreta entrada en vigor del presente convenio, los convenios que estuvieran aplicándose, dejarán de regular el ámbito de colectividades aunque no modifiquen la descripción de su ámbito funcional sectorial con denominaciones genéricas de hostelería o cualquier otra denominación similar comprensiva del presente ámbito funcional de los puestos de trabajo del sector de colectividades. En consecuencia, será prioritario y excluyente este convenio desde su entrada en vigor respecto de cualquier otro posible a excepción de lo recogido en el artículo 84.2 del ET; aplicándose el presente criterio junto con el de la pérdida de vigencia natural y la fecha de constitución de la mesa negociadora del presente convenio para la resolución de cualquier conflicto de concurrencia entre convenios de distintos ámbitos.

### 3. Consideraciones de la Sala.

A) De lo expuesto resulta que a partir de enero de 2015 el único convenio colectivo aplicable a la empresa es el del Sector de Restauración Colectiva. Así se deriva no solo de sus cláusulas sobre ámbito aplicativo sino también de la Disposición Adicional Segunda. Esta última, por cierto, como recuerda la empresa recurrida, fue objeto de impugnación por parte de ELA y desestimada su pretensión tanto en instancia cuanto en casación (cf. el Fundamento Primero, 2.B).

B) Lo que pretende el recurso es que la condición contractualizada sea inmune al posterior convenio colectivo. Ya hemos expuesto que la doctrina de la contractualización opera sobre un presupuesto que es inexistente en el presente caso. Adicionalmente digamos que la tesis del recurrente aboca al paradójico resultado de que acaba disponiendo de mayor protección el convenio cuya eficacia ha desaparecido que el subsistente, puesto que el segundo está sujeto a lo que establezca el posterior y, sin embargo, el contenido del primero sería inmune a los cambios introducidos en el siguiente.

C) Pretende asimismo el recurso que la remisión contenida en diversos documentos (recibos de salarios, contratos de trabajo) al convenio colectivo de hostelería sirva para mantener (si se trabaja desde antes de 2013) o generar (si se hace a partir de esa fecha) el derecho a completar la prestación por desempleo.

Pero la sentencia recurrida, valorando todas las pruebas practicadas en la instancia, ha dejado bien claro que la empresa no ha realizado ningún acto que pueda considerarse como aplicativo del convenio colectivo fenecido (cf. Fundamento Primero, 3.E), sin que ni siquiera haya admitido su virtualidad de forma tácita.

D) En lugar de atenerse a los hechos probados del caso, el recurso se desliza hacia la toma en cuenta de los que considera como tales. Es decir, da por hecho que los datos sobre referencias al convenio de hostelería comportan el reconocimiento de que el mismo sigue siendo fuente de derechos y obligaciones (por contractualización o por remisión contractual), cuando la sentencia recurrida expone que en absoluto puede considerarse de ese modo. En ese punto el recurso está construido a partir de unos hechos distintos a los que se han dado como probados en la instancia, sin posterior cuestionamiento. En supuestos como los resueltos por las SSTs 898/2017 de 15 noviembre (rec. 247/2016), 532/2019 de 3 julio (rec. 51/2018) y 794/2021 de 15 julio (rec. 74/2021, Pleno) hemos debido salir al paso de tales planteamientos. Lo cierto es que el recurso solo ha instado, sin éxito, una revisión de hechos probados por lo que hemos de atenernos a los que constan como tales en el correspondiente apartado, o con ese valor en la fundamentación jurídica. Al construir su razonamiento sobre premisas que no coinciden con la crónica judicial acaba incurriendo en una petición de principio o hacer supuesto de determinada cuestión.

E) Al invocar como infringidas unas sentencias dictadas por Salas de lo Social del TSJ (en concreto del mismo Tribunal que la recurrida), el recurso está desconociendo el tenor del ya transcrito artículo 207.e) LRJS, que únicamente admite la casación por infracción de jurisprudencia.

F) El recurso también denuncia las diferencias de ámbito funcional del CC Estatal de Restauración Colectiva y el Provincial. Como dijera nuestra STS de 27 noviembre 2015 (rec. 316/2014), lo decisivo es que el convenio que llene el vacío dejado por el convenio colectivo que pierde su vigencia debe ser concurrente con él, esto es que dentro de su ámbito de aplicación incluya actividades o relaciones laborales incluidas en el otro, Y no cabe duda de que eso sucede en el caso, circunscrito el conflicto colectivo a una empresa de restauración colectiva, la misma cae dentro del ámbito aplicativo del ALEH y del I CCE, como queda expuesto.

Adicionalmente, el Ministerio Fiscal advierte que se trata de una materia que no ha sido alegada en la demanda ni debatida en el pleito, por lo que no puede tener acceso al recurso por tratarse de una cuestión nueva.

G) Por las mismas razones que el Ministerio Fiscal apunta, tampoco debemos entrar ahora en la interpretación del alcance que poseía el precepto cuya aplicación se ha debatido. Eso nos exime de abordar el tema, apuntado en algún pasaje de la impugnación, sobre si la hipótesis allí contemplada concuerda con la del ERTE por causa de la pandemia.

SÉPTIMO.- Resolución.

Al haber fracasado los dos motivos de casación desenvueltos por el Sindicato ELA, fracasa el recurso y queda firme la sentencia recurrida, en concordancia con lo informado por el Ministerio Fiscal. Como hemos venido explicando, el presupuesto de la contractualización quiebra cuando surge un convenio colectivo "completo", desplazando en tal caso al contenido del precedente, aunque estuviera incorporado a los contratos de trabajo pues lo contrario quebraría con la regulación del sistema de fuentes de la relación laboral que nuestro ordenamiento viene consagrando y atentaría contra la

propia autonomía colectiva, al cabo, origen de las propias condiciones contractualizadas. Al entenderlo así la sentencia recurrida no apreciamos en ella las infracciones denunciadas.

Puesto que el artículo 235.2 LRJS dispensa de la imposición de costas a la parte vencida cuando se está ante la modalidad procesal de conflicto colectivo, cada parte ha de asumir las causadas a su instancia.

### **FALLO**

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

1.º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical ELA, representada y defendida por el Letrado Sr. Illarreta Isasa.

2.º) Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia n.º 1132/2021 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 6 de julio de 2021, en autos n.º 46/2021, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Comercial Aibak TRS, S.L. y el Sindicato LAB (que se adhirió posteriormente a la demanda), sobre conflicto colectivo.

3.º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.