

En Bilbao, a 6 de mayo de 2022.

Vistos por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social n.º 5 D./D.ª TERESA MONTALBAN GOMEZ los presentes autos número 911/2020, seguidos a instancia de [REDACTED] contra QSR NORTH SPAIN COMPANY S.L. sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD Y DERECHO.

EN NOMBRE DEL REY
ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A N.º 184/2022

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 11 de noviembre de 2020 tuvo entrada demanda formulada por [REDACTED] [REDACTED] contra QSR NORTH SPAIN COMPANY S.L. y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes asistiendo todas, y abierto el acto de juicio por S. S. las comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos practicándose seguidamente las pruebas que fueron admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y finalmente manifestaron por su orden sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Primero.- D.ª [REDACTED], con DNI n.º [REDACTED], viene prestando servicios para QSR NORTH SPAIN COMPANY S.L., con antigüedad de 22/11/2012, categoría profesional reconocida de auxiliar de tienda, jornada parcial del 546 horas al año, percibiendo un salario bruto mensual conforme a nóminas aportadas que se dan por reproducidas.

Se adjuntan contrato de trabajo (546 horas anuales y a partir de 21/12/2019 656 horas anuales) y nóminas del actor como Doc. n.º 1 y 2 del ramo de prueba de la empresa.

Segundo.- La empresa demandada aplica a la relación laboral entre las partes el Convenio Colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, publicado en el BOE de 20/12/2016 (Doc. n.º 23 del ramo de prueba de la empresa).

Tercero.- La empresa demandada dispone de tres canales de venta para cubrir las necesidades de sus clientes:

Consumo en el local: los clientes realizan pedido y consumen el producto en el mismo establecimiento.

Take away/para llevar: pizzas encargadas en el mismo establecimiento pero consumidas fuera de éste.

Delivery: servicio de reparto a domicilio de los productos elaborados por TelePizza encargados por el comprador sin necesidad de desplazarse hasta el local para recogerlo.

Cuarto.- En el centro de trabajo de la actora sito en Centro Comercial Max Ocio solo no se llevan a cabo repartos a domicilio, dirigiéndose casi en exclusiva las ventas para, con un porcentaje inferior del 10% para take away.

Quinto.- La trabajadora lleva a cabo funciones de preparación y elaboración de pizzas, limpieza de tienda, de caja, y antes de la pandemia, se servía –y lo hacía entre otros al actora- los menús de los cumpleaños contratados.

Sexto.- Se ha intentado la conciliación administrativa previa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La relación de hechos probados ha sido fijada tras valorar esta Juzgadora la prueba documental obrante en autos y la aportada por las partes en el acto de Juicio así como la testifical y pericial desarrolladas, valoradas conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 97.2 LRJS).

Respecto de la pericial practicada, no resulta admisible toda vez que recogiendo el Informe en su página 1 cómo la documentación examinada ha sido copia de la demanda y cuentas anuales e informes de gestión correspondientes a 2.020 habiendo requerido asimismo la aportación de la comparativa de balance y cuenta de resultados anuales correspondientes a los ejercicios 2.018 a 2.020 que adjuntaba como anexos 1 a 3, esta Juzgadora desconoce de dónde ha obtenido los datos económicos referentes a los resultados de los tres ramos de la actividad que desarrolla en el cuerpo de su escrito, los cuales tampoco se corresponden con los documentos unilateralmente realizados por la demandada y aportados con los números 11 a 13, desconociéndose así de donde ha extraído tales datos determinantes de su conclusión acerca de la actividad preponderante de la empleadora.

Segundo.- La trabajadora pretende en el presente se declare su derecho a resultarle de aplicación el Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkaia y la condena de la empresa demandada al abono de 6.367,82 euros por diferencias entre el salario por ella percibido de marzo de 2.019 a marzo y julio y agosto de 2.020 en función de la categoría que instaba de camarera, oponiéndose a ello la demandada manifestando que el convenio que venía aplicándole del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, publicado en el

BOE de 20/12/2016 era el adecuado por ser preponderante la actividad de delivery en la empresa rechazando, en caso de prosperar la pretensión de declaración de convenio aplicable el de hostelería de Bizkaia, los cálculos realizados por la actora que concretaba, conforme al documento 26 por ella aportado, en 436,26 euros por la categoría de camarera y -73,21 euros por al de ayudante de camarera que, en su caso, mantenía le correspondía conforme al documento 26 por ella aportado.

En general rigen en el ámbito de aplicación de uno u otro Convenio Colectivo cuando dos o mas pueden ser de aplicación los siguientes principios:

1) El principio de unidad de empresa en la determinación del convenio aplicable, En estas circunstancias -empresas con distintos centros de trabajo y actividades- debe aplicarse un principio de especificidad (STSJ Asturias 4-3-11, EDJ 73287).

2) Cuando la actividad de la empresa o centro de trabajo abarque objetos propios de dos o más convenios y lo haga de forma no diferenciada desde el punto de vista de sus explotación, debe aplicarse el convenio que se corresponda con la actividad principal de la empresa o centro de trabajo (SSTS 15-9-14, EDJ 223370; 17-3-15, EDJ 58573).

Resulta criterio doctrinal que no se exige que todos los trabajadores vinculados a un mismo empresario deban estar, de manera irrefutable, afectados por el mismo convenio . Puede suceder que una parte de la plantilla quede incluida en el ámbito de aplicación de un convenio , y otra esté sujeta a otro distinto (TCo 136/1987 ; TSJ País Vasco 22-7-96 (AS 1996, 2575) ; TSJ Granada 30- 1-01 (AS 2001, 2397)). En los casos en que en una misma empresa se desarrollen actividades distintas, según doctrina judicial consolidada, la «actividad» o, incluso, «la actividad principal» determina la adscripción a un convenio colectivo concreto (Sentencias del extinguido Tribunal Central de Trabajo de 10 de octubre de 1983 (RTCT 1983 , 8310) , 15 de julio de 1985 (RTCT 1985, 4973) y 26 de junio de 1986 (RTCT 1986, 5133)), siendo, por tanto, de aplicación a cada una de ellas los convenios respectivos (Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de abril de 1987 (RTC 1987, 38)). Estos supuestos conllevan la posibilidad de coexistencia dentro de una empresa de varios convenios colectivos (STSJA Málaga, de 8 de septiembre de 1994), y en ellos ni es de aplicación el principio de unidad de empresa (SSTCT de 17 de febrero de 1978 (RTCT 1978, 1018) , 29 de marzo de 1985 (RTCT 1985, 2299) y 10 de noviembre de 1988 (RTCT 1988, 529) y STSJA Málaga, de 8 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4967)), ni tampoco el principio de unidad de comercio, que no puede oponerse a que el o los trabajadores de una misma empresa que se dedica a actividades diversas puedan regularse por distintos convenios como sostiene la jurisprudencia encarnada en las SSTS de 1 de junio de 1978 , 6 de mayo de 1981 (RJ 1981 , 2103) , 15-11-1986 (RJ 1986 , 6350) , 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8605) ... etc.; doctrina que siguen las SSTSJ Cataluña de 16 de marzo de 1995 y Baleares de 27 de enero de 1997 ".

Por su parte, la STS 10-7-2007 declaró: "Este principio, que se recogió en su día en el art. 5 de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 1942 (RCL 1942, 1647) ha perdido actualidad a estos efectos desde que, desde el principio de libertad de fijación de los ámbitos de negociación que se contiene en el art. 83.1 del ET en conexión con el principio de libertad sindical del art. 28 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , existe la posibilidad legal y real de que una empresa se rija por varios convenios , sea por voluntad de los particulares (convenio de centro o convenios de franja, por ejemplo) o por imperio de la Ley (caso de las sucesión de empresas del art. 84 ET en el interregno entre convenios), entre otras posibles situaciones". Así, el principio de unidad

de empresa está principalmente inspirado en la necesidad lógico-legal de evitar tratos laborales distintos en una misma unidad productiva que no tengan causas que los justifique pudiendo resultar de aplicación dos convenios cuando en la misma concurren dos circunstancias: 1º) Que se "realicen dos actividades" simultáneas cada una de las cuales, por si misma, pudiera incluirse en el ámbito funcional de un convenio colectivo distinto, y, 2º) que además, las referidas actividades, se presten en "determinadas circunstancias" debido a la organización que voluntariamente ha decidido el empresario en uso de sus facultades como tal.

Tercero.- El ámbito funcional de cada convenio Colectivo es el siguiente:

Art. 1 del Convenio Colectivo Estatal de Elaboradores de Productos cocinados para su venta en domicilio 2016- 2018 (BOE 20/12/2016), dispone:

“1. El presente Convenio regula las relaciones laborales en aquellas empresas que se dediquen, como actividad principal, a la preparación y elaboración de productos cocinados para su posterior reparto a domicilio, en la que podrán ser incluidos otros artículos de gran consumo, alimenticios o no, de apoyo a los primeros, tales como videos, libros o análogos. A tales efectos, todas aquellas ventas y/o pedidos de productos realizados a través del sistema «para llevar» se considerarán como a domicilio.

Complementariamente se podrán prestar servicios de venta y despacho de los productos previamente elaborados y preparados para su consumo en los establecimientos comerciales de las indicadas empresas.

2. Igualmente afecta a las empresas que operen como franquiciadas de las contempladas en el apartado anterior y que desarrollen la actividad allí descrita.

3. Del mismo modo se regirán por el presente Convenio aquellas empresas afiliadas a la Asociación Española de Comidas Preparadas para su Venta a Domicilio (PRODELIVERY), que no tuvieran por su actividad un convenio concurrente.

4. Quedan expresamente excluidas de este ámbito las empresas dedicadas a la actividad de «catering», restauración rápida o tradicional, restauración colectiva (colectividades), «bufés» o autoservicios y aquellas empresas comerciales o de restauración en las que el conjunto de las tareas detalladas en el primer párrafo del apartado 1º de este artículo constituya una actividad secundaria respecto a la principal....”

A su vez el art. 2. del Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkaia dispone:

“El presente Convenio obliga a todas las empresas que, independientemente de su titularidad (personas físicas o jurídicas, así como cualquier agrupación pública, semipública o privada) y de los fines que persiga, realicen en establecimientos o instalaciones fijas o móviles, cubiertas o descubiertas y tanto de manera continuada como ocasional, actividades de prestación de servicios de hostelería, tanto de alojamiento, de bebidas y alimentos, de ocio y esparcimiento, o de espectáculos, como servicios mixtos de los indicados.

Con carácter genérico, no limitativo, quedan expresamente comprendidas las empresas que realicen como actividad principal la prestación de servicios de:

- Alojamiento en Hoteles, Hostales, Pensiones, Moteles, Apartamentos, Balnearios, Albergues, Alojamientos Rurales y Campings, así como en todo tipo de residencias o establecimientos que prestan alojamiento y/o comida mediante precio.

- Alimentos y bebidas en restaurantes y caterings, así como en todo tipo de establecimientos que ofrezcan o sirvan estos productos listos para su consumo en el acto.

- *Alimentos y bebidas a Colectividades (centros de trabajo y enseñanza, centros sanitarios, etc), tanto si para ello se utilizan las instalaciones (cocinas) de los clientes como las propias de la empresa que presta los servicios.*

- *Alimentos y bebidas en pizzerías, hamburgueserías, creperías, bocaterías, fast-food y similares. Respecto a los elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, no se tratará de venta de productos, sino que será servicio de comidas todo ofrecimiento de comida elaborada y lista para su consumo, tanto en establecimiento como fuera de él. Estarán excluidos del presente ámbito de aplicación aquellas empresas cuyo objeto o actividad económica principal sea la de preparación y elaboración de productos cocinados para su posterior reparto a domicilio.*

- *Alimentos y bebidas en Cafeterías, Cafés y Bares, Bares Especiales, Cervecerías y similares que, en establecimientos fijos o móviles, sirvan alimentos y/o bebidas listos para su consumo.*

- *Alimentos y bebidas en chocolaterías, degustaciones, heladerías y salones de té, así como en todo tipo de establecimientos en que se degusten, junto a alimentos y/o bebidas, cafés, infusiones o helados; ambigús en cines, teatros, tablaos y similares, así como los integrados en mercados, instalaciones deportivas o cualesquiera otras dependencias.*

- *Salas de Fiestas y de Baile, Discotecas y otras actividades de características similares (Cafés Teatro, Tablaos, etc.)*

- *Servicios de alimentos y/o bebidas en Casinos, Bingos, Billares, Salones Recreativos y de Juego.”.*

Cuarto.- Por tanto, para delimitar el ámbito de aplicación de uno u otro Convenio Colectivo debemos atenernos a los citados principios, y para ello debe acudir a la prueba propuesta y practicada y singularmente a testifical practicada que avala sin género de dudas que la actividad absolutamente preponderante del centro donde presta servicios la actora es de consumo en local, siendo ello de más del 90% con una actividad residual de recogida.

Ante tal disyuntiva, debemos tener presente lo declarado por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 27/03/2000, recurso de casación 2497/1999, conforme a la cual:

“6.- El problema interpretativo surge, no obstante, de la delimitación del alcance que se deba darse al art. 1.1 "in fine" del Convenio impugnado en cuanto establece que "en su caso, los adquirentes podrán degustar en el propio establecimiento expendedor los productos adquiridos en el mismo" en correlación con el párrafo anterior del propio número y artículo, relativo a los elementos cocinados preparados y/o elaborados en dichos establecimientos, así como en determinar si los términos "en su caso", "degustar", "establecimiento expendedor" y "productos adquiridos" utilizados en el precepto comentado tienen o no especificidad suficiente para delimitar con precisión los respectivos campos de aplicación de las normas convencionales cuestionadas. La respuesta debe ser negativa, al no ser tales criterios delimitadores suficientes para impedir que el concreto centro de trabajo en que teóricamente puedan degustarse los productos adquiridos se convierta realmente, con habitualidad y permanencia, en un establecimiento en el que se presten servicios de productos diversos, elaborados y/o preparados o no en dicho centro, listos para su consumo, al igual que acontece en restaurantes, pizzerías o establecimientos de degustaciones, con las instalaciones fijas o móviles propias de estos últimos, aunque una parte de los productos que en aquél se elaboren, aun pudiendo ser cuantitativamente más importante, se destine al reparto o consumo a

domicilio, por lo que al no poderse evitar con dichos criterios delimitadores tal conversión resulta que los servicios de restauración prestados en tales establecimientos estarán dentro del amplio ámbito funcional descrito en el art. 4 del ALAESH. Ciertamente, la posibilidad establecida en el art. 1.1. "in fine" del Convenio impugnado respecto a que los adquirentes de los productos puedan degustarlos en el propio establecimiento o instalaciones hace prácticamente imposible en la práctica delimitar la actividad o servicio realizada en favor de los concretos clientes degustadores en tales establecimientos de degustación de los que puedan realizarse en otros establecimientos cuya actividad esté claramente encuadrada en el ámbito funcional del ALAESH en los que se elaboren los productos listos para su consumo que se vendan y en los que el cliente adquiere también dichos elementos o productos antes de consumirlos o degustarlos en el propio local o instalaciones de la empresa correspondiente.

7.- Interpretado el referido art. 1.1 "in fine" del CCEPYPCVD en los términos expuestos, existe la concurrencia de convenios denunciada (arts. 84 y 83.2 ET) en cuanto la actividad desarrollada en los establecimientos expendedores de elementos cocinados para su ulterior reparto y/o consumo a domicilio que exceda de posible mera venta al público en el propio establecimiento, por lo que las actividades que no estén exclusivamente destinadas a la actividad de venta y reparto a domicilio y estén, directa o indirectamente, encaminadas a posibilitar la degustación por parte de los clientes en el propio establecimiento expendedor de los productos adquiridos en el mismo deben entenderse encuadradas en el ámbito del ALAESH, procediendo, por tanto, decretar que carece de vigor, virtualidad y eficacia (arg. ex STS/IV 22-IX-1998 -RCO 263/1997) el art. 1.1 "in fine" del CCEPYPCVD e inaplicables a los trabajadores que prestan las actividades en último lugar referidas, los preceptos del Convenio impugnado relativas a categorías profesionales y régimen disciplinario (arg. ex arts. 84.III ET y 10 ALAESH) y, en concreto, en cuanto puedan afectarles los contenidos en el Capítulo VI sobre categorías profesionales (arts. 38 al 50) incluido el art. 16 (grupos y categorías profesionales), así como los preceptos contenidos en el Capítulo VIII sobre faltas y sanciones (arts. 64 al 71). Desestimándose la pretensión del recurrente en este extremo respecto a los arts. 18 y 28.2 y 4, ambos del CCEPYPCVD, relativos a los repartidores, los que por definición no cabe entender puedan realizar, directa o indirectamente, actividades encaminadas a posibilitar la degustación por parte de los clientes en el propio establecimiento expendedor de los productos adquiridos en el mismo, así como respecto al art. 14, incluido en el suplica del escrito de recurso, pero respecto del que no se razona en el mismo las causas de su impugnación." (STS 27/03/2000, RC 2497/1999).

Por su parte nuestra doctrina autonómica en diversas sentencias ha tenido ocasión de examinar, y a tal efecto debemos recoger la doctrina expuesta sobre otros trabajadores (las que giran con el nombre de domino pizzas o ámbitos de la venta de sushi), y así ha señalado:

"Como en el supuesto de autos la empresarial recurrente denuncia en su primera motivación jurídica la infracción de los arts. 1 del Convenio Colectivo Estatal de Elaboradores de Productos Cocinados , así como el art. 2 del Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkala , en relación a los arts. 3 , 83 y 84 del ET , citando distinta doctrina jurisprudencial en aplicación de los principios de unidad de empresa y especificidad, en lo que concierne al Convenio Colectivo aplicable, es por ello que esta Sala, al objeto de resolver cual es el Convenio Colectivo de aplicación, partirá de la reproducción del articulado correspondiente al ámbito funcional de cada uno de ellos, que recoge el fundamento jurídico 3 de la resolución de instancia y hace innecesaria nuestra reproducción, donde siguiendo los ámbitos de aplicación y funcional de los

Convenios Colectivos discutidos, esta Sala entenderá que siendo el objeto del ámbito contractual de la actividad profesional, una prestación de servicios que se corresponde, no solo con la hostelería, sino también con los productos elaborados para su venta a domicilio, la disyuntiva aplicativa exige pormenorizar la prestación de servicios en el local correspondiente y no solo atender a un objeto empresarial genérico, por cuanto la actividad económica diferenciada, que puede ser propia de hostelería o de reparto a domicilio, exige la distinción en cada vector, a sabiendas de que una u otra pueden preponderar en la actividad que concierne a cada establecimiento autónomo, que puede tener un régimen de explotación diferenciado (propiedad, franquicia u otros) y, por lo tanto, ser unidad de negociación y explotación, con licencia, actividad y hasta Convenio Colectivo diferenciado.

De ahí que, en el supuesto de autos, entendamos que la preponderancia del informe de la Inspección sobre cualesquiera otras afirmaciones de parte, o incluso la discusión respecto de la aplicación de la sentencia del TS de 27-3-00, que esta propia Sala ha combatido en aspectos cronológicos (sentencia del TS,IPV de 22-3-05, recurso 3105/04 o de 7-2-17), no debe impedir cerciorarnos del análisis de datos elocuentes que entendemos hacen preponderar la afirmación judicial de instancia y ratificar la aplicación del Convenio Provincial de Hostelería.

Y es que, si bien las funciones del trabajador repartidor-conductor pueden ser tanto internas como externas al local, y la justificación de la proporción de la jornada o actividad horaria no queda delimitada de forma pormenorizada, no lo es menos que la realidad especca del centro de trabajo (sin que sea extrapolable a otras denominaciones similares, franquicias o identidades), otorga un puesto de trabajo respecto de una actividad empresarial, con licencia independiente y de gestión definida, en una situación geográfica puntual, donde ambas actividades, establecimiento de productos elaborados para envío a domicilio o de servicio en el propio local, se encuentran matizadas por la realidad significativa que refleja la inspección y determina hasta 50 plazas en el establecimiento de hostelería interno, con una declaración de inicio de actividad e IAE de alimentación-restauración e, igualmente, una licencia de actividad municipal de hostelería, donde las contrataciones laborales y las funciones, tanto de reparto como de servicio de camarero, hostelería u otros, se pueden compaginar en regímenes de actividad diferenciados y dispares, no probados ni delimitados, y que a la sazón la Inspección ha matizado con respecto al espacio reservado para el consumo y a la actividad prestacional.

Además, las correspondientes contabilidades y facturaciones del establecimiento, compaginado con los precios y el conjunto de la actividad real, debe relacionarse igualmente con la información de los contratos laborales y de las funciones de las personas contratadas, cuyo porcentaje y definición en modo alguno amalgama una actividad principal de reparto a domicilio, y sí cierta ambivalencia en dedicación y actividad, que reflejan los hechos declarados probados no modificados, que dicen relación también a las informaciones de riesgos laborales, medidas preventivas, clausulados y otros (hechos probados 5, 7y ss.).

Es cierto que, inicialmente la pertenencia a un asociacionismo de comidas preparadas para venta a domicilio, no puede otorgar la aplicación de un determinado Convenio Colectivo, que normalmente pudiera predicarse de una actividad de reparto a domicilio o una aplicación exclusiva del Convenio Colectivo Estatal aquí discutido, cuando el local carezca de un verdadero servicio de hostelería en extensión y posibilidad de atender al público (número de mesas y extensión del local).

Es por ello que esta Sala debe concluir, confirmando la resolución de instancia, entendiendo que la actividad preponderante en el local concreto del supuesto de autos, se inclina hacia el Convenio Colectivo de Hostelería Provincial y no al de Reparto de Productos Elaboradas.

En resumidas ~mas, recogiendo como funciones del trabajador las de conductor-repartidor, y otorgando a la actividad interna en el local una preponderancia indeterminada, no probada o justificada con exhaustividad, la inclinación de la decisión judicial respecto de la fórmula y manera del establecimiento, su licencia y actividades administrativas, conllevan, de conformidad con la información de la Inspección de Trabajo, a entender preponderante y aplicable el Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkaia, siguiendo también unos parámetros que conciernen a los criterios jurídicos de principios de unidad de empresa y especificidad, aun a sabiendas de que en otro establecimiento podríamos entender un convenio colectivo de aplicación diferenciado" (STSJ de la CA del País Vasco 11/09/2018, RS 1450/2018; en el mismo sentido 16/07/2019, RS 1096/2019).

Tampoco desconoce esta Magistrado, criterio distinto de nuestra Sala, y referido al nombre comercial de la presente litis, señalando:

"SEGUNDO-. - El primer argumento que sostiene la recurrente es el de la literalidad.

Esencialmente viene a indicar que, como en el convenio de hostelería se incluye en su artículo 1 a las empresas que elaboren productos (alimenticios) listos para su consumo, sin duda es el caso de la demandada y por ello, debiendo darse prevalencia al criterio literal en la exégesis convencional, que es trasposable a los convenios colectivos, su demanda ha de prosperar, habida cuenta de que también en las empresas de "catering" se entrega el producto en el domicilio indicado por el cliente y se incluye en el ámbito operativo de la hostelería.

Siendo cierto lo anterior, también lo es que es muy claro el artículo 1 del otro convenio colectivo en liza (en adelante, lo llamaremos "estatal delibery"). Incluye a las empresas que tengan como actividad principal la preparación y elaboración de productos cocinados para posterior entrega domiciliaria, aparte otros servicios complementarios.

Esta concurrencia ha dado lugar a múltiple litigiosidad de la que son muestra lasentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 2000 (recurso 2497/1999) o la de esta Sala de fecha 22 de marzo de 2005 (recurso 3105/2004) donde se resolvió e forma firme -en proceso de impugnación de convenio-, anulando texto similar al convenio hostelería alavés que contenía el convenio de la hostelería de Bizkaia entonces vigente. Y ello precisamente porque se consideró que no se podía aplicar este último a la actividad de reparto de productos cocinados para su venta a domicilio, como era el caso. Dicha sentencia es firme.

Pero es que, en época más reciente, este mismo Tribunal y Sala ha mantenido un criterio idéntico tratándose del convenio alavés de hostelería y el estatal "delibery", convenios similares a los ahora valorados. Es decir, eran previos en el tiempo, pero de idéntico contenido.

Es muestra sentencia, también firme, de fecha 7 de febrero de 2017 (recurso 127/2017).

Por otra parte, asumiéndose que se realizan esas tres modalidades distintas de actividad en el caso - delivery, como principal y secundariamente "take away" y "eat it"- debiera considerarse la actividad principal de la empresa, tal y como indican, por ejemplo, las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 2010 y 3 de febrero de 2003 (recurso 56/2010 y 1245/2001).

Y así lo ha considerado esta Sala en dos sentencias cuando menos, dentro del mismo sector productivo. Son las sentencias de 3 de julio y 23 de octubre de 2018 (recurso 1262/2018 y 1929/2018) en las que si se dio la razón al trabajador, aplicando el convenio de la hostelería y no el estatal "delivery" y ello porque en ambos casos se probó que la mayor parte del negocio residía en lo que era la venta y consumo del producto cocinado en el propio local de la demandada, siendo residual la parte de negocio relativa a la entrega a domicilio, a diferencia del caso de autos, donde se parte precisamente de que la actividad principal es la que hemos venido en denominar "delivery" y no la de "eat it", como en aquellos casos.

Añadir que a lo anterior no obsta el hecho de que la literalidad del convenio alavés de la hostelería incluya también las empresas de "catering", nicho de negocio distinto de aquel sobre el que se concertó la negociación colectiva estatal "delivery", puesto que, si bien es cierto que en el "catering" también se entrega el producto en el domicilio designado por el cliente, en el caso del "catering" tal servicio incluye no sólo el porte del producto a tal sitio, sino también el preparado y servicio del mismo realizado por personal de la empresa hostelera, a diferencia del sector al que se refiere el aludido convenio estatal "delivery".

Por otra parte, en el recurso no se sostiene ni se comenta nada en relación a eventual aplicación plural de varios convenios entre el personal afectado por el conflicto, extremo éste descartado en la sentencia recurrida, al considerar que no se da autonomía en la producción con respecto de cada una de las tres actividades. En consecuencia, nada argumentándose al efecto, nada ha de resolver esta Sala sobre tal particular" (STSJ de la CA del País Vasco, 26/01/2021, RS 1613/2020).

Dicho todo lo anterior, la no aportación por la demandada de la licencia de actividad del local donde la actora presta servicios que fue solicitado por la actora en su demanda y admitido, así como la no acreditación de la actividad principal como la propia del delivery a la luz de la insuficiencia de la pericial practicada tal y como se ha destacado en el Fundamento de Derecho Primero de la presente, admitido que el local en el que presta servicios al actora no realiza precisamente este servicio y que casi en exclusiva se desarrolla el consumo en local, resulta que, realizándose actividades claramente "diferenciadas" (o con especificidad propia), distinto debe ser también el convenio aplicable y debe estimarse la pretensión de la actora de resultar aplicable el Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkaia.

Quinto.- Sentado lo anterior la demandante reclama diferencias de salario acudiendo a la categoría de camarero, conforme al V Acuerdo laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería (remisión del art. 33 del Convenio Colectivo de hostelería de Bizkaia). Para la empresa entiende que no nos encontraríamos ante la categoría pretendida por el demandante sino en la categoría de ayudante de camarero.

Conforme al art. 17, el camarero es la persona que *"ejecutar de manera cualificada, autónoma y responsable, el servicio y venta de alimentos y bebidas. Preparar las áreas de*

trabajo para el servicio. Realizar la atención directa al cliente para el consumo de bebidas o comidas. Elaborar para consumo viandas sencillas. Transportar útiles y enseres necesarios para el servicio. Controlar y revisar mercancías y objetos de uso de la sección. Colaborar en el montaje, servicio y desmontaje de bufetes. Realizar trabajos a la vista del cliente tales como flambeo, cortar, trincar, desespinar, etcétera. Colaborar con el jefe de comedor en la preparación y desarrollo de acontecimientos especiales. Podrá coordinar y supervisar los cometidos propios de la actividad de su área. Informar y aconsejar al cliente sobre la composición y confección de los distintos productos a su disposición. Podrá atender reclamaciones de clientes. Facturación y cobro al cliente". Y el ayudante de camarero, es la persona que "participar con alguna autonomía y responsabilidad en el servicio y venta de alimentos y bebidas. Realizar labores auxiliares. Conservar adecuadamente su zona y utensilios de trabajo. Preparar áreas de trabajo para el servicio. Colaborar en el servicio al cliente. Preparar el montaje del servicio, mesa, tableros para banquetes o convenciones, sillas, aparadores o cualquier otro mobiliario o enseres de uso común en salones, restaurantes, cafeterías o bares. En las empresas donde las tareas inherentes a este departamento sean asumidas por el empresario, persona física, realizar las funciones del servicio en restaurante bajo la supervisión y directrices emanadas directamente del mismo o persona en quién éste delegue. Realizar las tareas derivadas del perfil de la ocupación. Colaborar en la facturación y cobro al cliente".

Pues bien, a la luz de las funciones desarrolladas por la demandante y descritas en los hechos probados de la presente de preparación y elaboración de pizzas, limpieza de tienda, de caja, y antes de la pandemia, se servía –y lo hacía entre otros al actora- los menús de los cumpleaños contratados, se entiende que el mayor encaje de las funciones desarrolladas con autonomía es la de camarero, pues predomina la actividad de preparación y elaboración de pizzas y funciones de caja, como, por último, lleva a las mesas los pedidos de los clientes.

Sentado ello la demandante tenía asignadas conforme al contrato suscrito en 2.012 546 horas anuales, a las que podían añadirse complementarias, pactándose el 21/12/2019 que serían de 656 horas anuales. Pues bien, desarrollando de marzo de 2.019 a diciembre de 2.019 434,83 horas y percibiendo por ello 4.628,34 euros, teniendo pactada una jornada parcial del 31,2% por las horas contratadas, debería haber prestado servicios 457,74 horas de manera que, calculando su retribución a prorrata de los 1.789,44 euros/ mes que se recogen en la demanda, debería haber percibido 558,30 euros/ mes, por diez meses, 5.583,05, resultando una diferencia a su favor de 954,71 euros.

En cuanto al año 2.020, teniendo pactada ya una jornada de 656 horas/ años, ello supone una jornada parcial del 37,48%, reclamándose 4 meses y medio, y a la luz del salario mensual para jornada completa de 1.806,44 euros, ello supone un importe mensual de 677,05 euros. Pues bien, percibiendo en estas mensualidades 2.557,58 euros y debiendo haber percibido por la jornada pactada 3.046,72 euros, determina una diferencia a su favor e 488,84 euros y, unido a lo anterior, un total de 1.443,55 euros.

Sexto.- De conformidad con el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, la cantidad objeto de condena devengará el interés por mora al 10%.

Séptimo.- No procede la imposición de costas al letrado de la demandada no

concurriendo causa bastante para ello por la aportación en el juicio y no previamente de la documentación solicitada.

Octavo.- De conformidad con lo establecido en los artículos 191 y 192 LRJS contra esta Sentencia puede interponerse recurso de suplicación.

Vistos los preceptos legales y demás de general aplicación.

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda formulada D. [REDACTED] frente a QSR NORTH SPAIN COMPANY S.L., debo declarar que a la trabajadora le resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkaia, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y al abono a la trabajadora de 1.443,55 euros e intereses del 29.3 precedentemente expuestos

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, debiendo ser anunciado tal propósito mediante comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, debiendo designar letrado/a o graduado/a social para su formalización.

Para recurrir la demandada deberá ingresar en la cuenta n.º 0049-3569-92-0005001274(ES55), expediente judicial n.º 4721-0000-65-0911-2020 del Banco Santander, con el código 65, la cantidad líquida importe de la condena, sin cuyo requisito no podrá tenerse por anunciado el recurso. Dicha consignación puede sustituirse por aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en la forma dispuesta en el artículo 230 de la LJS.

Asimismo, el que sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación deberá ingresar en la misma cuenta corriente, con el código 69, la cantidad de 300 euros en concepto de depósito para recurso de suplicación, debiendo presentar el correspondiente resguardo en la Oficina judicial de este Juzgado al tiempo de anunciar el recurso.

Están exentos de constituir el depósito y la consignación indicada las personas y entidades comprendidas en el apartado 4 del artículo 229 de la LJS.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.
