

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

*Sentencia 2435/2014, de 16 de diciembre de 2014*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 2164/2014*

**SUMARIO:**

**Salario. Imposibilidad de prestación del trabajo.** El empresario soporta el riesgo de que el trabajador no pueda prestar servicios por causas imputables a aquél, ya que esta situación no le priva de su derecho al salario. Por tanto, una vez concertado el contrato con efectividad inmediata, la demora en que el centro de trabajo se abriera y el hecho de que los servicios que podía prestar el demandante no fueran los típicos de su categoría en el centro de trabajo en funcionamiento, no significa que éste no tuviera derecho al salario correspondiente a su categoría.

**Incongruencia extra petita.** Petición de condena en demanda por un importe inferior al concedido por el Juzgado, ante la constatación por dicho órgano de que era debido un importe superior en base al convenio colectivo aplicable. No cabe, pues el Juzgado estaba sujeto al deber de resolver conforme a lo pedido, sin condenar a más de lo solicitado.

**Responsabilidad.** No procede la condena al administrador, ya que el restaurante para el que ha prestado sus servicios el demandante tiene como titular único a la sociedad demandada.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 1.1 y .2, 8.1 y 30.

Ley 1/2000 (LEC), art. 218.1.

**PONENTE:**

*Don Manuel Diaz de Rabago Villar.*

Magistrados:

Don JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA

Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE

Don MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR

**RECURSO N.º: Suplicación / E\_Suplicación 2164/2014**

N.I.G. P.V. 48.04.4-13/012007

N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2013/0012007

SENTENCIA N.º: 2435/2014

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 16 de Diciembre de 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Pascual Y WORK PICNIC SL. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 9 de mayo de 2014, dictada en proceso sobre RPC, y entablado por Jose Pedro frente a Pascual y WORK PICNIC S.L.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

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

"PRIMERO: El demandante ha prestado servicios por cuenta y órdenes de los demandados, con una antigüedad de 1 de noviembre de 2012, categoría profesional de jefe de cocina y salario bruto mensual de 1.486,89 euros incluida la prorrata de pagas extras.

Es de aplicación el Convenio Colectivo de Hostelería de Vizcaya.

SEGUNDO: Pascual decidió montar un restaurante en la calle Barroeta Aldamar de Bilbao, y como carecía de experiencia en tal sector contactó con Anselmo titular del restaurante "Milagros" de la localidad de Barrika y especializado en "cocina internacional".

Anselmo le presentó a Jose Pedro como cocinero.

TERCERO: Con fecha de 1 de noviembre de 2012 Pascual contrató verbalmente al actor para prestar servicios como jefe de cocina en el restaurante de su propiedad que en aquellas fechas estaba en obras y cuya apertura estaba prevista para diciembre de 2012.

Jose Pedro en su condición de jefe de cocina desarrolló labores de elaboración de carta de platos, carta de vinos, y participó en entrevistas a futuros trabajadores.

CUARTO: Con fecha de 24 de enero de 2013 comunicó verbalmente al actor que rompía la relación.

QUINTO: El demandando no ha abonado cantidad alguna al trabajador demandante por el período comprendido entre el 1 de noviembre de 2012 y el 24 de enero de 2013.

SEXTO: El restaurante WORK PICNIC abrió al público el 25 de febrero de 2013, ofreciendo un servicio de menú del día.

SÉPTIMO: La mercantil WORK PICNIC SL fue constituida en fecha de 18 de julio de 2012, con domicilio social en Barroeta Aldamar 7 bajo derecha de Bilbao, siendo su administrador Pascual. Su objeto social es la explotación, gestión y desarrollo de actividades relacionadas con la hostelería, hospedaje, alojamiento, esparcimiento y recreo, incluidas en ellas especial y expresamente los negocios de bar, cafeterías, restaurantes, hoteles, residencias, asadores, salas de fiestas, de juegos y de reuniones, la venta de platos cocinados, productos alimenticios y similares etc.

ÓCTAVO: Pascual es también administrador de la mercantil MAHARLIKA SL constituida en octubre de 2010, con domicilio social en Barroeta Aldamar 7 de Bilbao, y cuyo objeto social es la actividad de enseñanza.

#### **Segundo.**

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

" ESTIMANDO la demanda presentada por Jose Pedro frente a WORK PICNIC SL y Pascual, debo declarar y declaro que entre las partes ha existido una relación laboral desde el 1 de noviembre de 2012 al 24 de enero de 2013, condenando a los demandados a abonar solidariamente al actor la suma de 5.183,74 euros brutos, incrementados con el interés legal de demora".

#### **Tercero.**

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por Jose Pedro.

#### **Cuarto.**

El 28 de octubre de 2014 se recibieron las actuaciones en esta Sala, que mandó subsanar la falta de justificante de pago de la tasa judicial, lo que se realizó dentro del plazo concedido, fijándose el 16 de diciembre siguiente para la deliberación del recurso, fecha en la que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Los demandados, D. Pascual y Work Picnic SL, en común escrito, recurren en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Bilbao, de 9 de mayo del año en curso, que estimando la demanda

interpuesta por D. Jose Pedro el 25 de septiembre de 2013, ha declarado que ha existido relación laboral entre las partes entre el 1 de noviembre de 2012 y el 24 de enero de 2013, condenándolas solidariamente a pagarle 5.183,74 euros como salarios de esa relación, incrementado con el interés legal del dinero.

Su recurso pretende, con carácter principal, anular el curso del litigio desde que se dictó sentencia, a fin de que se dicte otra que explique la fuente de la convicción judicial sobre la prestación de servicios y la categoría del demandante; subsidiariamente, que la demanda se desestime por inexistencia de relación laboral, estando ante un precontrato; en su defecto, que la condena no alcance a D. Pascual por no ser el empresario, limite su importe a 4.124,92 euros o, a lo más, a 4.623,64 euros, y sin intereses moratorios por razones de congruencia. A tales fines, articula seis motivos, que en el caso del primero ampara en el art. 193.a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) y los cinco restantes al cobijo de su art. 193.c).

Recurso impugnado por el demandante.

### **Segundo.**

A) Se denuncia, en el primero de los motivos, que la sentencia es nula por no haber explicado la convicción sobre dos hechos relevantes (la efectiva prestación de servicios en el período objeto de reclamación y la categoría de jefe de cocina del demandante), considerando que con ello se ha infringido el art. 97.2 LJS, en relación con los arts. 238.3 y 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), art. 120.3 de nuestra Constitución (CE) y el art. 217.2 y 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

B) La Sala lo desestima, ya que la sentencia recurrida ha dado cumplimiento (y de forma ejemplar, por minuciosa) a la hora de explicar la convicción que ha obtenido sobre esos hechos, para lo que se basó en la denuncia de la esposa de D. Pascual ante el Juzgado de Guardia, de 9 de febrero de 2013, aportada a los autos, y la testifical de D. Miguel.

En realidad, subyace en la posición de los recurrentes una comprensión equivocada de cuáles fueron esos servicios, por cuanto que según el Juzgado consistieron en tareas preparatorias de la puesta en marcha del restaurante, sin que en ningún momento se refiera a que consistieron en la atención de su puesto con el restaurante ya en marcha.

### **Tercero.**

A) Denuncian los demandados en el motivo segundo que la sentencia, al considerar que hubo contrato de trabajo (y no un mero precontrato), cuando no hubo prestación efectiva de servicios en un restaurante que sólo se abrió al público el 25 de febrero de 2013, ha vulnerado los arts. 1.1 y 49.1.k) del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con los arts. 1254, 1256, 1258 y 1262 del Código Civil (CC).

B) Hay contrato de trabajo allí donde haya una prestación de servicios efectuada en forma voluntaria, remunerada, por cuenta de otro y dentro de su ámbito de organización y dirección, salvo exclusión legal expresa (art. 1.1 ET).

En ocasiones, se conviene realizar una prestación de servicios con esos rasgos, pero se difiere a un momento posterior su inicio. Se está, entonces, ante la figura del precontrato laboral: se ha convenido un contrato de trabajo, pero éste nace en fecha posterior, con la iniciación de servicios. Si llegado este momento, la prestación no se da, el contrato de trabajo no ha nacido.

C) En el caso de autos, lo que ha existido entre las partes, a partir del 1 de noviembre de 2012, no es un precontrato laboral sino un auténtico contrato de trabajo, ya que desde un primer momento el demandante pasó a prestar personalmente sus servicios en labores de puesta en marcha del restaurante del que es titular la sociedad demandada.

No estamos ante un acuerdo entre ellos para que D. Jose Pedro empezara a trabajar cuando el restaurante se inaugurase, sino ante una labor personal suya en esas tareas de puesta en marcha, diseñando las cartas de platos y vinos, entrevistando a posibles candidatos, etc.

Por tanto, la sentencia no ha cometido la infracción denunciada.

### **Cuarto.**

A) Se denuncia, en el motivo tercero, la vulneración del art. 4.2.f) ET por haber condenado al pago por salarios adeudados, cuando éstos sólo nacen con la prestación efectiva de servicios, lo que aquí no ha sucedido.

B) Como en los casos anteriores, la denuncia se sustenta en la equivocada idea de que como el restaurante no se abrió al público hasta el 25 de febrero de 2013, no hubo prestación de servicios por el demandante en el período objeto de su reclamación. La hubo, en esas funciones de índole preparatoria, y deben ser objeto de retribución, sin que los hechos probados revelen que, por sus singulares características, en tanto pudieran no exigir un trabajo a jornada completa, se hubiera convenido un precio singular, atemperado a esa menor jornada.

En tal sentido, hay que destacar que, según dispone el art. 8.2 ET, el contrato de trabajo a tiempo parcial debe formalizarse por escrito, presumiéndose que no lo es cuando no se documenta así, salvo prueba en contrario. Prueba que aquí no se ha practicado.

Por otra parte, de manera aún más decisiva, hay que recordar que el empresario soporta el riesgo de que el trabajador no pueda prestar servicios por causas imputables a aquél, ya que esta situación no le priva de su derecho al salario ( art. 30 ET ). Por tanto, una vez concertado el contrato el 1 de noviembre de 2012 y con efectividad inmediata, la demora en que el restaurante se abriera y los servicios que podía prestar el demandante no fueran los típicos de un jefe de cocina en un restaurante en funcionamiento, no significa que éste no tuviera derecho al salario propio de éste. Al respecto, no está de más recordar lo resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su añeja sentencia de 17 de noviembre de 1987 (Ar. 8007), que al amparo de ese precepto, reconoce derecho al salario de quien fue contratado por un Hospital y el inicio de sus servicios se demoraron por obras en el centro hospitalario.

#### **Quinto.**

A) Según los recurrentes, la sentencia no debió condenar a D. Pascual, siendo la sociedad la empresa única del demandante, con lo que se ha infringido el art. 1.1 y 2 ET, en relación con el art. 8.1 ET .

B) La sentencia ha vulnerado, ciertamente, el art. 1.2 ET, ya que el restaurante para el que ha prestado sus servicios el demandante, en esas tareas preparatorias, tiene como titular único a la sociedad demandada (y no a D. Pascual ).

Conclusión a la que no obsta que, a ojos del demandante y por esa falta de constancia documental del contrato o de efectos accesorios al mismo (alta en seguridad social), pudiera confundirse quién ostentaba esa cualidad. Ahora bien, acreditado que lo es la sociedad, no puede condenarse a D. Pascual, máxime cuando su función en la contratación del demandante queda cubierta por su misma condición de administrador único de la misma.

En tal sentido, el recurso debe estimarse, absolviéndole de toda responsabilidad en el pago de la deuda salarial.

#### **Sexto.**

A) Según los demandados, el Juzgado ha incurrido en incongruencia por exceso, infringiendo el art. 218.1 LEC, ya que les ha condenado a pagar, en concepto de principal, un importe superior al pretendido en la demanda y, en todo caso, superior al que resulta del salario que consta en el ordinal de los hechos probados.

B) En realidad, se está articulando una doble denuncia, ya que si bien la primera de ellas se corresponde con una acusación de incongruencia, no sucede igual con la segunda. Lo vamos a examinar diferenciadamente.

La Sala acepta la existencia de incongruencia en la sentencia recurrida, ya que en la demanda se pedía una condena al pago de 5.000 euros por falta de abono total del salario en el período del 1 de noviembre de 2012 al 24 de enero de 2013, en función de un salario mensual de 1.666,66 euros, y se les ha condenado a abonarles 5.183,74 euros en concepto de principal.

No obsta a ello que ésta pueda ser el importe del salario debido, conforme al convenio colectivo de hostelería de Bizkaia 2012/2013. El Juzgado estaba sujeto al deber de resolver conforme a lo pedido, sin condenar a más de lo solicitado. Por tanto, si en la demanda se partía de que el salario de D. Jose Pedro era de 1.666,66 euros y el período de relación laboral se contrae a dos meses (noviembre y diciembre de 2012) y veinticuatro días del mes de enero de 2013, como es el caso, la condena debió limitarse a 4.623,64 euros (y no a los 5.183,74 euros pronunciados).

C) Y erran los recurrentes, en cambio, cuando sostienen que la condena no debió exceder de 4.124,92 euros, ya que en los hechos probados se recoge que su salario era de 1.486,89 euros/mes.

No tienen razón las recurrentes, aún salvando el defecto formal de que, de ser cierto lo que dice, no estaríamos ante un desajuste de la sentencia por incongruencia.

No la tienen, decimos, porque de la misma forma que no somos formalistas en el examen de su denuncia, tampoco debemos serlo en el análisis de la sentencia recurrida. Y así, aunque es verdad que en el ordinal primero de los hechos probados se dice que su salario ascendía a 1.486,89 euros, con prorrata de pagas, fácilmente se advierte que es un despiste de redacción la mención a que sea con dicha prorrata, cuando en realidad el Juzgado asume que es sin ella, según revela el fundamento de derecho tercero de su resolución y se ajusta, por lo demás, al concreto contenido del salario de un jefe de cocina fijado en el convenio colectivo de hostelería de Bizkaia (tablas del anexo I y art. 19).

#### **Séptimo.**

- A) La última denuncia se vincula con la condena al pago de intereses moratorios, que según los demandados suponen otra incongruencia del Juzgado, contraria al art. 218.1 LEC, ya que en la demanda no se pedían.

B) Su denuncia está justificada, dada esa omisión de pretensión del demandante por tal concepto, sin que estemos ante un pronunciamiento accesorio que deba hacerse por propia iniciativa del orden judicial. Distinto son los intereses procesales, pero no es el alcance de los pronunciados.

#### **Octavo.**

- Resulta, de cuanto se ha expuesto, que el recurso merece parcial estimación, reduciendo el principal de condena a 4.623,64 euros, eliminando la condena al pago de los intereses por demora y absolviendo de toda responsabilidad en ese abono a D. Pascual .

#### **Noveno.**

Resultado que lleva consigo, como pronunciamientos accesorios: a) la devolución del depósito de trescientos euros, una vez sea firme esta resolución (art. 203.1 LJS); b) el mantenimiento del aval hasta tanto se acredite el cumplimiento de la sentencia o se sustituya por otro, ajustado a los términos de nuestra condena (art. 203.2 LJS); c) que no proceda condena en costas, al no existir recurrente vencido, como lo exige el art. 235.1 LJS en los términos fijados por la jurisprudencia.

### **FALLAMOS**

1.º Se estima, en parte, el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. Pascual y Work Picnic SL contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Bilbao, de 9 de mayo de 2014, dictada en sus autos n.º 1189/2013, seguidos a instancias de D. Jose Pedro, frente a los recurrentes, sobre reconocimiento de relación laboral y cantidad; en consecuencia, con revocación parcial de su pronunciamiento, lo sustituimos por otro, expresivo de que entre el demandante y la sociedad demandada ha existido relación laboral desde el 1 de noviembre de 2012 al 24 de enero de 2013, condenando a esta última a pagarle 4.623,64 euros como salarios de dicho período, desestimándola en cuanto al resto de lo pretendido y absolviendo al Sr. Pascual de cuanto se pedía en ella.

2.º Una vez firme esta resolución, devuélvase a los demandados el depósito de trescientos euros.

3.º Manténgase el aval bancario constituido, en tanto no se acredite el cumplimiento de la sentencia o se sustituya por otro, ajustado a la condena que pronunciamos.

4.º Sin costas.

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

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

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

E/

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

#### **ADVERTENCIAS LEGALES-**

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

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

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

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

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-2164-14.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-2164-14.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.