

Documento TOL6.967.615

Jurisprudencia

Cabecera: Despido disciplinario. Horas extraordinarias. Responsabilidad del fogasa

El segundo tema que se plantea es si se han realizado **horas extraordinarias** y de presencia o disponibilidad.

PROCESAL: Nulidad de actuaciones

Jurisdicción: Social

Ponente: [Emilio Álvarez Anllo](#)

Origen: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León sede en Valladolid

Fecha: 08/10/2018

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Recurso: 1329/2018

Numroj: STSJ CL 3490/2018

Ecli: ES:TSJCL:2018:3490

ENCABEZAMIENTO:

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01628/2018

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

NIG: 37274 44 4 2018 0000362

Equipo/usuario: MSM

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001329 /2018

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000177 /2018

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Carlos Jesús

ABOGADO/A: RAFAEL VILLA GARCIA

PROCURADOR: FILOMENA HERRERA SANCHEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: SONITRANS S.L., FOGASA FOGASA

ABOGADO/A: RICARDO ANDRES MARCOS, LETRADO DE FOGASA

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

Rec. Núm. 1329/18

Ilmos. Sres.:

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente de la Sala

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael Antonio López Parada / En Valladolid, a ocho de octubre dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1329/2018, interpuesto por D. Carlos Jesús contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Salamanca de fecha 15 de mayo de 2018, (Autos 177/18), dictada a virtud de

demanda promovida por precitado recurrente contra SONITRANS. S.L con intervención de FOGASA; sobre

DESPIDO.

Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Emilio Álvarez Anllo.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO. - Con fecha 6-3-18, procedente de reparto tuvo entrada en el Juzgado de lo Social nº 2 de Salamanca, demanda formulada por la parte actora, en la que se solicitaba se dictase Sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el Juicio, se dictó Sentencia en los términos que consta en la parte dispositiva de referida demanda.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes: "

PRIMERO.- El demandante D. Carlos Jesús con DNI nº NUM000 presta servicios para la empresa SONITRANS S.L.

desde el 20 de septiembre de 2016 con categoría profesional de conductor percibiendo en nómina un salario de 45,60€/día incluida prorrateo de paga extra por salario base, plus convenio, p.p. extra y T. espera y disponibilidad.

SEGUNDO.- La relación se formaliza mediante un contrato temporal que se transforma en indefinido el 20-12-16. En las cláusulas adicionales del contrato las partes pactan: "Los tiempos de espera y disponibilidad a los que hacen referencia los artículos 22, 23 y 32 del convenio colectivo vigente de transportes de mercancías por carretera serán remunerados de la siguiente forma: A partir de

7.500kms/mensuales recorridos y hasta 10.000 kilómetros recorridos mensuales se abonará a razón de 0,12cmts por kilómetro recorrido. A partir de los 10.000 Kmt mensuales recorridos a razón de 0,015cmts desde el primer kilómetro".

TERCERO.- La relación entre las partes se rige por el Convenio Colectivo de Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Salamanca (BOP 18-2-16).

CUARTO.- El 24 de enero de 2018 la empresa entrega al actor una comunicación escrita en la que consta: "por medio de la presente comunicamos que con esta fecha 24 de enero de 2018 dejará de prestar servicios para la empresa por despido. El despido que le notificamos obedece a que, efectuadas las oportunas valoraciones, hemos considerado que su prestación de servicios ya no es necesaria para nosotros."

QUINTO.- El actor ha prestado servicios los días 12 de junio, 12 de octubre, 6 y 8 de diciembre de 2017 y el día 1 de enero de 2018.

SEXTO.- El actor ha prestado servicios en horario nocturno De enero a abril: 71h 10m De mayo a agosto: 96h De julio a diciembre: 84h 20m Enero 2018: 17h 39m SEPTIMO.- La empresa demandada ha abonado al actor en concepto de dietas la cantidad de 7.155,27€.

OCTAVO.- La empresa ha abonado al actor en concepto de T. Espera y disponibilidad de enero a diciembre de 2017 la cantidad de 1.422,62€. NOVENO.- La empresa demandada no ha abonado al actor los salarios 24 días de enero de 2018 y la liquidación. DECIMO.- El actor ha estado en situación de IT desde el 5 de abril al 5 de mayo de 2017. UNDECIMO.- El camión conducido por el actor tenía un dispositivo registro en el que el trabajador seleccionaba la actividad que estaba desarrollando. El tacógrafo en el vehículo conducido por el actor queda en descanso cuando se quita el contacto. Los datos de actividad y descanso que reflejan los discos tacógrafos desde 1-1-17 a 24-1-18 son los siguientes: AMPLIT (diferencia entre el inicio de la jornada y la finalización en un día) Enero a abril: 889:41 Mayo a agosto:1.049:02 Septiembre a diciembre: 953:20 Enero 2018: 252:07 COND (conducción): Enero a abril: 450:18 Mayo a agosto: 505:39 Septiembre a diciembre: 465:17 Enero 2018: 116:53h TRAB (otros trabajos distintos de conducir, carga y descarga, mantenimiento vehículo, repostaje, etc) Enero a abril: 37:47 Mayo a agosto: 47:31 Septiembre a diciembre: 33:40 Enero 2018: 6:36 SERV (conducción más otros trabajos) Enero a abril: 488:05 Mayo a agosto: 553:10 Septiembre a diciembre: 499h Enero 2018: 123:44h DESCANSO: Enero a abril: 401:36 Mayo a agosto: 495:52 Septiembre a diciembre: 454:20 Enero 2018: 128:23 DUODECIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. DECIMO

TERCERO.- El actor presenta papeleta de conciliación el 6-2-18 celebrándose el preceptivo acto de conciliación el 21-2-18 con el resultado de sin avenencia (acontecimiento)."-

TERCERO. - Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha Sentencia por la parte demandante, fue impugnado por la empresa demandada, y elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación de tal designación a las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. - Estimada parcialmente demanda en reclamación por despido y cantidad se articula recurso de suplicación a nombre del actor denunciando en un primer motivo, formulado con amparo en la letra c del artículo 193 de la LRJS infracción del artículo 19 del convenio colectivo provincial de Salamanca de transportes de mercancías por carretera, de sus tablas salariales para el año 2017 y artículo 217 de la LEC.

La parte recurrente alega que tras presentar la demanda fue requerida para su subsanación y en concreto presentó escrito en el que en lo relativo a dietas reclamaba dieta completa para los 237 días que especificó, además en el escrito de demanda solicitó prueba documental en sus números cinco y seis a fin de acreditar los días que había percibido dietas, así como albaranes de cada día laborado donde consta la hora de entrada en cada fábrica o almacén y la de salida. Se alega que dicha prueba fue rechazada por la juez ante lo que presentó tres agendas donde constaban los datos del trabajo e incluso solicitó en el acto

del juicio que se solicitasen para mejor proveer las pruebas denegadas con los números cinco y seis. Se alega que la juez no ha valorado las agendas ni ha tenido en cuenta la facilidad probatoria. Es decir, se alega la necesidad de invertir la carga probatoria ante la actividad desarrollada por el actor y la ausencia de actividad de la empresa. Lo primero que hemos de decir es que la empresa no ha rechazado o se ha negado a aportar ninguna prueba es decir no ha practicado ninguna conducta obstructiva del proceso, lo que podía servir de base para imputarle una carga probatoria que a priori corresponde en aplicación del artículo 217 de la LEC al actor. Lo que se denuncia es una denegación de prueba y una posterior no valoración de unas agendas. La denegación de prueba si la parte la considera necesaria y es procedente podría haber dado lugar a un motivo de recurso, cumpliendo los requisitos, en el que se instase la nulidad de actuaciones, pero de ahí no podemos colegir sin más la necesidad de invertir la carga probatoria. En cuanto a las agendas se trata de documentos privados que el juez ha de valorar con arreglo a la sana crítica, pero de todo ello no podemos colegir o concluir que haya de ser a la parte demandada a quien corresponda acreditar unos hechos que ex lege corresponde su prueba a la parte demandante por tratarse de hechos constitutivos, sin que por otra parte pueda afirmarse sin más que la empresa disponía de facilidad probatoria al efecto.

SEGUNDO. - En un segundo motivo de recurso, formulado con el mismo amparo procesal se denuncia infracción de los artículos 22 a 24 del convenio colectivo antes referido, en relación con los artículos, 8.1, 8.3 y 10.4 del R.D. 1561/95 y sentencia del TJUE C-518/15.

Se plantea en primer lugar la legalidad de la cláusula contractual que en contrato de trabajo se incluye y que establece una retribución por tiempo de espera y disponibilidad en función de Km recorridos obviando las cantidades fijadas en convenio por estos conceptos e incluso realizando abonos que suponen minorar las cantidades que corresponderían conforme a convenio. La respuesta no puede ser otra que sentar la validez de dichas cláusulas, pero en tanto en cuanto se acredite que respetan en su retribución los mínimos legales o de convenio. Esta conclusión la avala la propia sentencia que se menciona en el escrito de impugnación, dictada por el TS en fecha 16 de junio de 2016 donde tras afirmar la validez de cláusulas como la que nos ocupa concluye manifestando que ello es válido "siempre que iguallen o superen la retribución prevista para la jornada ordinaria, respecto a su cuantificación, resulta disponible para la negociación colectiva". Es decir, validez de las cláusulas sí, pero respetando en todo caso el mínimo legal o de convenio.

El segundo tema que se plantea es si se han realizado horas extraordinarias y/o de presencia o disponibilidad. A este respecto la parte recurrente desarrolla dos argumentos de un lado la inversión de la carga probatoria y de otro lado la doctrina del TJUE.

Partiendo de que existe un pacto a priori válido sobre la retribución es evidente que no puede imputarse a la empresa la obligación de desvirtuar los pagos realizados en base a dicho sistema, sino que corresponderá a quien alega que lo retribuido es inferior al mínimo legal acreditarlo.

En el caso que nos ocupa, y estando ante un juicio en única instancia es al juez a quo a quien corresponde valorar la prueba en su globalidad y esa valoración la realiza la juez a quo en el fundamento de derecho octavo. No puede la parte recurrente ahora en un recurso extraordinario como el que nos ocupa sin instar revisión fáctica alguna, sin constancia expresa en hechos probados y analizando la valoración de la juez que la sala parta de extremos fácticos distintos de los que ha tenido en cuenta la juez a quo. No podemos terminar este apartado sin hacer referencia a que en absoluto el concepto "amplit" sin otra prueba complementaria pueda ser tomado como elemento que determine el tiempo de prestación a computar.

Se hace a continuación referencia a dos sentencias del TJUE, asuntos TYC y C-518/15 en los que se analiza la directiva europea 2003/88. El artículo 14 de dicha directiva dispone que las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán en la medida en que otros instrumentos comunitarios contengan prescripciones más específicas en materia de ordenación del tiempo de trabajo en lo referente a determinadas ocupaciones o actividades profesionales.

Partiendo de ello a nivel comunitario se encuentra el reglamento (ce) no 561/2006 del parlamento europeo y del consejo de 15 de marzo de 2006 relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) no 3821/85 y (CE) no 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) no 3820/85 del

Consejo. Normativa específica reguladora del transporte por carretera por lo que entiende esta sala que las sentencias que se mencionan no devienen de aplicación directa a la actividad que nos ocupa, pues se dictan en base a una normativa no aplicable.

En consecuencia, no hay hechos probados que acrediten que el sistema retributivo pactado perjudica las retribuciones del actor y procede desestimar este motivo de recurso.

No podemos concluir este apartado sin señalar que el real decreto 1561/1995 al regular en el artículo 10 bis el registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles, lo establece para el tiempo de trabajo.

Igualmente debemos manifestar que las referidas sentencias del TJUE claramente dejan sentado que ese tiempo de trabajo no prefija nada sobre la retribución que podrá ser regulada por normativa interna.

TERCERO. - En un tercer motivo de recurso se denuncia infracción del artículo 29.3 del estatuto laboral, como concluye la sentencia de 17 de julio de 2018 del TS procede su estimación pues "en suma, tratándose de créditos estrictamente salariales han de ser compensados con el interés referido en el art. 29.3 ET, con independencia de que se presente como más o menos comprensible y razonable la oposición de la empresa a la deuda reclamada por el trabajador". Elo indudablemente respecto a las diferencias salariales que no a la indemnización por despido.

Por lo expuesto y EN NOMBRE DEL REY

FALLO:

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Carlos Jesús contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Salamanca de fecha 15 de mayo de 2018, (Autos 177/18), dictada a virtud de demanda promovida por precitado recurrente contra SONITRANS.

S.L con intervención de FOGASA; sobre DESPIDO; y, con confirmación en lo sustancial de la sentencia de instancia la modificamos en el sólo sentido de incluir dentro de la condena al abono de diferencias salariales el abono del interés del artículo 29.3 del estatuto de los trabajadores.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la correspondiente certificación, incorporándose su original al libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE: Contra la presente sentencia cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

El recurrente que no disfrute del beneficio de justicia gratuita consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta número 2031 0000 66 1329-2018 abierta a nombre de la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del BANCO SANTANDER, acreditando el ingreso.

Asimismo, deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta Sentencia, devuélvase los Autos, junto con la certificación de aquella, al Órgano Judicial correspondiente para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.