

16.12.17
RECURSO Nº: Suplicación 2276/2017
NIG PV 01.02.4-17/000898
NIG CGPJ 01059.34.4-2017/0000898

SENTENCIA Nº: 2462/2017

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

En la Villa de Bilbao, a 12 de diciembre de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por
D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 3 de los de VITORIA-GASTEIZ de fecha 1 de septiembre de 2017, dictada en proceso sobre RPC, y entablado por D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE frente a D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI

Es Ponente el Iltmo. 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.- Que el actor D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, ha venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR por el período comprendido entre el 7 de enero de 2008 hasta el 9 de noviembre 2016, con una categoría profesional de PII y un salario bruto mensual, con prorrata de pagas extraordinarias de 3.153 euros

SEGUNDO.- En fecha 21 de noviembre de 2016

el Instituto Nacional de la Seguridad Social resolución reconociéndome

afecto de una incapacidad permanente en grado de total derivada del accidente de trabajo con fecha efectos 10 de noviembre de 2016. Dicha declaración de incapacidad permanente viene precedida sin solución de continuidad de un periodo de incapacidad temporal iniciado el 6 de julio del año 2015.

TERCERO.- Consecuencia de la declaración de Incapacidad Permanente en Grado de Total, la empresa demandada procedió a elaborar el documento finiquito calculado a fecha 9 de noviembre de 2016, documento que obra a los folios 5 y 6 de los autos.

CUARTO.- De las percepciones salariales que integran dicha liquidación final, se ha descontado bajo la denominación COMPENSA, SISTEMA-2 la cantidad bruta de 3.234,35 euros.

QUINTO.- Durante el período que el demandante estuvo en situación de incapacidad temporal la empresa desactivó para su equipo de trabajo 21 días de trabajo. Como consecuencia de esa desactivación la empresa regularizó la situación del trabajador en lo que se refiere a los días de trabajo que debe a la empresa en el sistema variable.

SEXTO.- En el acuerdo suscrito con el Comité Intercentros de 10 de Abril de 2013 se fijó en su apartado quinto lo siguiente:

5. Regularización del sistema

Principios de afectación de las activaciones y desactivaciones

Las activaciones y desactivaciones de los equipos- o línea o dimensión de gran volumen-, afectarán a la totalidad del equipo o línea de referencia, siendo su tratamiento de carácter colectivo. Así, todos y cada uno de los trabajadores pertenecientes al colectivo que se activa o desactiva verán incrementada o disminuida su jornada anual, en tantos días como se señalen para su respectivo equipo o línea de pertenencia, aplicándose a cada uno de sus miembros los días de ampliación o reducción de jornada.

Exclusiones.- En caso de coincidencia de una activación o desactivación con una ausencia concreta se aplicarán las siguientes normas:

En fase de activaciones/ desactivaciones que van al saldo de jornadas (o que se regularizan a fin de año en la zona reducida del sistema de 5 equipos).

La afectación será colectiva en todos los casos de coincidencia con permisos, incapacidad temporal (E, A) o días libres. En este último caso, se ajustará la jornada establecida, tomando un DL en caso de desactivación trabajándolo en caso de activación, en otro día distinto del año, para compensar la jornada de trabajo en más o en menos. En el caso de los permisos retribuidos se abonará además la prima de disponibilidad correspondiente a la activaciones.

El resto de casos de coincidencia con suspensiones de contrato, sean con o sin alta y obligación de cotización, no se verán afectados por las activaciones o desactivaciones.

En la 2ª fase de desactivaciones (con reducción de jornada y salario)

La afectación será colectiva, con el descuento económico correspondiente , en todos los casos de coincidencia con permisos retribuidos o día libres. En este último caso de días libres , se ajustará la jornada establecida, tomando un DL en otro día distinto del año para compensar.

Los casos de coincidencia con suspensiones de contrato, sean con o sin alta y obligación de cotización incluida la incapacidad temporal (E, A), no se verán afectados por las desactivaciones.

(...)

SÉPTIMO.- El 2 de Abril de 2014 por parte del Sindicato LAB se planteó ante la A.N demanda en materia de conflicto colectivo para impugnación de acuerdos colectivos, frente a la empresa el Comité de empresa Intercentros , y las secciones sindicales que componen el Comité Intercentros (Sección sindical de CC.OO de U.G.T de ELA, de USO, de CSI, de ESK , de CGT) y frente al Comité de empresa del centro de trabajo de Lasarte, el Comité de empresa del centro de trabajo de Vitoria, el Comité de empresa del centro de Aranda de Duero, el comité de empresa del centro de Valladolid, y los sindicatos CCOO, U.G.T, CSI , CGT, ELA, USO y ESK.

En la demanda se terminaba suplicando que se dictase Sentencia por la que con estimación de lo alegado, se declarase nulo el apartado 5 del acuerdo de 10 de Abril de 2013, en su regulación sobre los efectos de la bolsa de horas en situación de incapacidad temporal y permiso retribuido, así como a estar y sapa pro las consecuencia de dicha declaración.

Así resulta de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria de fecha 26 de abril de 2017, en autos 4/2017.

OCTAVO.- Con fecha 10 de Julio de 2014 se suscribió acto de conciliación en el procedimiento seguido ante la A.N con el número 100/ 2014 en los siguientes términos:

Los demandados interpretando el Artículo 5 del acuerdo proponen :

“ Con limitación al citado apartado manifiestan que tanto la situación de i.t y de permiso retribuido no se recuperan individualmente.

Ello sin prejuzgar los supuestos de extinción contractual.

NOVENO.- Con fecha 21/03/2017 tuvo lugar el acto de conciliación ante el

Servicio de Conciliación de la Delegación Territorial de Álava del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, con el resultado de intentado sin avenencia."

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

"Que desestimando la demanda interpuesta por _____
_____ contra M. _____ debo absolver y
absuelvo a la demandada de los pedimentos formulados de contrario."

TERCERO.- Frente a dicha resolución el demandante interpuso Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la demandada.

CUARTO.- El 13 de noviembre de 2017 se recibieron las actuaciones en esta Sala, fijándose el 5 de diciembre siguiente para la deliberación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Francisco recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vitoria/Gasteiz, de 1 de septiembre del año en curso, que ha desestimado la demanda que interpuso el 24 de marzo inmediato anterior pretendiendo que se condenara a la sociedad demandada a pagarle los 3.234,35 euros que éste le descontó en el abono de su liquidación a la extinción del contrato de trabajo, con el 10% de interés por demora.

El Juzgado sustenta su decisión en que dicho descuento es el salario de los veintiún días desactivados para su equipo de trabajo durante el período en que estuvo en incapacidad temporal (desde el 6 de julio de 2015 al 10 de noviembre de 2016) con arreglo al sistema variable de trabajo pactado entre la empresa y el comité intercentros el 10 de abril de 2013 y, en concreto, su apartado 5, cuya legalidad quedó reconocida en la avenencia alcanzada el 10 de julio de 2014 en trámites de conflicto colectivo.

El demandante pretende cambiar ese pronunciamiento por otro que estime su demanda, lo que sustenta en que durante su situación de incapacidad temporal no se desactivaron esos días sino que, al contrario, se activaron siete días, en línea argumental

que desarrolla en dos motivos, respectivamente dirigidos a revisar el hecho probado quinto de la sentencia en base al documento nº 4 de la prueba empresarial y a denunciar que, por ello, se ha infringido el referido pacto colectivo.

Recurso impugnado por la demandada, que defiende el pronunciamiento recaído por un argumento distinto al del Juzgado: los veintiún días desactivados que constituyen el saldo pendiente de días de trabajo del demandante a la extinción de su contrato de trabajo son el resultado de los veintiocho días desactivados que tenía al inicio de la incapacidad temporal y los siete activados durante esta situación, según resulta del mismo documento en que se basa el demandante para pedir la revisión del hecho probado quinto.

SEGUNDO.- A) Se denuncia, en el motivo inicial del recurso, error en el hecho probado quinto, pidiendo que se sustituya por el siguiente texto: *“Durante el tiempo que estuvo el actor en situación de Incapacidad Temporal, período de 6 de julio de 2015 hasta el 10 de noviembre de 2016 (fecha efectos de la Incapacidad Permanente Total), la empresa NO DESACTIVÓ para el equipo de trabajo NINGÚN DIA. Más al contrario activó los siguientes días: -09/02/2016: Presencia AME II; -10/02/2016: Presencia AME II; -09/04/2016: Presencia AME II; -11/06/2016: Presencia AME II; -17/07/2016: Presencia AME II; -25/09/2016: Presencia Flexible Colectiva; -08/10/2016: Presencia Flexible colectiva”*. Lo sustenta en la certificación empresarial que obra como documento nº 4 del ramo de prueba empresarial, en el boletín informativo de flexibilidad que obra al folio 349 y en sus nóminas de esos meses, aportadas por el demandante.

Como hemos anticipado, la demandada, en su impugnación, se opone y si bien admite que efectivamente durante el período de incapacidad temporal no se desactivó ningún día y sí se activaron los que el recurrente señala, hace ver que la certificación invocada pone de manifiesto que D. Francisco tenía un saldo de veintiocho días desactivados al inicio de la incapacidad temporal, en tanto que el boletín informativo que se alega da un saldo 0 porque ya se ha tenido en cuenta la compensación efectuada en la liquidación.

B) La Sala admite el error que se señala por el demandante, dado que la documental que se invoca acredita fehacientemente que durante el período de incapacidad temporal del demandante inmediatamente anterior a la fecha de su contrato de trabajo por

reconocimiento de una incapacidad permanente total, de casi dieciocho meses, no tuvo ningún día de desactivación y sí los siete concretos días de activación que señala.

Error decisivo para la suerte del litigio, pues con ello queda sin causa el descuento efectuado en la liquidación final practicada al demandante.

C) No cabe negar esa corrección por la razón alegada por la demandada, dado que ésta lo que en realidad viene a suscitar, tácitamente, es una segunda rectificación de ese mismo hecho probado, de distinto signo (los veintiún días de desactivación no fueron durante la incapacidad temporal sino el saldo existente durante la relación laboral), pero que no plantea de manera procesalmente adecuada, conforme a lo dispuesto en el art. 197.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), con una proposición formal de un motivo de revisión de hechos probados, lo que tiene su relevancia jurídica dado que, al no hacerlo así, no se abre el trámite de alegaciones previsto en el art. 197.2 LJS, permitiéndole replicar frente a esa diferente fundamentación del pronunciamiento recurrido, que en este concreto caso tiene singular interés, dado que ante el Juzgado se planteó por el demandante, no sólo que no tenía saldo de días desactivados o no procedía efectuarlo en base a desactivaciones antiguas, sino que en todo caso no tenía amparo jurídico realizar descuento alguno del salario correspondiente a los mismos, en doble línea argumental que no necesita esgrimir en su recurso si, para revocar el pronunciamiento recaído, le basta con articular el motivo de revisión de hechos probados que ha planteado.

TERCERO.- A) Denuncia el recurrente, en el motivo segundo de su recurso, que como corolario del error denunciado en el motivo anterior, el descuento realizado en su liquidación queda sin causa, no pudiendo ampararse en el acuerdo de 10 de abril de 2013, con la consiguiente infracción de éste, en relación con el art. 26.3 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET).

B) Se trata, en puridad, de un motivo innecesario, puesto que el pronunciamiento recaído se sustentaba en la existencia de un saldo de días desactivados durante la situación de incapacidad temporal del demandante que no existe, conforme resulta de la revisión admitida.

C) La demandada, en su impugnación y según hemos indicado ya, defiende que el saldo final de días desactivados es de veintiuno, resultado de que al inicio de la incapacidad temporal eran veintiocho, puesto de manifiesto por la misma certificación y por el boletín informativo del año 2015 correspondiente al demandante.

Si, en aras de su derecho a una tutela judicial efectiva examináramos ese planteamiento, deberíamos hacerlo también con la misma flexibilidad respecto a las posiciones del demandante en el litigio y, en tal caso, llegaríamos a la misma conclusión por un recorrido argumental distinto.

En efecto, cierto es que esa certificación pondría de manifiesto que al inicio de la incapacidad temporal del demandante tenía un saldo de veintiocho días de desactivación, pero también se veía que ya para el 1 de enero de 2010 existía un saldo de treinta días desactivados y éstos no pueden justificar el descuento practicado en la liquidación final por varias razones.

En primer lugar, porque dada la fecha en que tuvieron lugar, su compensación no puede ampararse en el acuerdo de 10 de abril de 2013, esencialmente recogido en el art. 21 del convenio colectivo de la factoría de Vitoria 2015/2018.

La segunda razón proviene de advertir que las regularizaciones del sistema variable que ahí se contemplan lo son siempre en tiempo de trabajo y no a través de la devolución del salario correspondiente a las horas no trabajadas. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el art. 5 del convenio expresamente señala el carácter regular del cobro del salario, "*independientemente de cuál sea la distribución anual del tiempo de trabajo*". Y que si la jornada trabajada en estos años ha sido inferior a la fijada, lo ha sido en cumplimiento del mismo sistema variable de jornada existente en la demandada.

Finalmente, también se advierte que esa compensación en tiempo de trabajo está incluso sujeta a que se haga en determinados momentos (en un año la mitad del saldo existente a fin de año) y con ciertos límites, y si no fuera posible, las partes han de ponerse de acuerdo en la fórmula para no hacerla efectiva en el año.

En definitiva, procede estimar el recurso interpuesto, condenando a la demandada a reintegrar al demandante el descuento efectuado, incrementado en un 10% como interés por demora, conforme al art. 29.3 ET.

CUARTO.- No procede condena en costas por no existir recurrente vencido carente del beneficio de justicia gratuita, como exige el art. 235.1 LJS.

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. [redacted] vez contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vitoria/Gasteiz, de 1 de septiembre de 2017, dictada en sus autos nº 217/2017, seguidos a instancias del hoy recurrente, frente a [redacted] en reclamación de cantidad; en consecuencia, con revocación de su pronunciamiento y estimando la demanda interpuesta, condenamos a la demandada a que abone al demandante la cantidad de 3.234,35 euros indebidamente descontada en su liquidación final, incrementada en un 10% como interés por demora. 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, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

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

ADVERTENCIAS LEGALES.-

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

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

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

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

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-2276-2017.

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 4699-0000-66-2276-2017.

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.