

En VITORIA-GASTEIZ, a 5 de diciembre de 2014.

Vistos por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social nº 3 D/D^a,
IGNACIO SANCHEZ MORAN los presentes autos número 268/2014, seguidos a instancia de
contra
RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. sobre

EN NOMBRE DEL REY
ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 365/14

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 10 de marzo de 2014 tuvo entrada demanda formulada por
contra
y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes asistiendo, y abierto el acto de juicio por S.S^a. 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.- El actor Don , viene prestando servicios para la empresa demandada , con la categoría profesional de conductor nacional, antigüedad de 21/09/2009 y salario bruto mensual de 1.594,10 euros, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias.

Es de aplicación a la relación laboral el Convenio de transporte por carretera de Álava.

SEGUNDO.- Que confrontada la documentación aportada a los folios 100 y ss, donde consta la relación de los días en que se devenga dieta y que se corresponde, con los datos obrantes en el "Informe de actividades de conductor" aportado por la empresa (folios 169 y siguientes), siendo que el día 9 de enero se devenga media dieta, y que el 10 de enero de 2013 salió a las 2.50 h y volvió el a las 7.07 horas, y volvió a salir a las 16.14 para regresar el 11 de enero a las 7.21 horas, devengando una dieta completa; salió el 11 de enero de 2013 a las 17 h y condujo hasta las 0.00 horas, devengando por tanto media dieta; salió el 14 de enero de 2013 a las 0.00 h y condujo hasta las 7.06 h, haciendo una pausa y reanudando la conducción a las 8.02 y hasta las 11.50, con nueva pausa y conduciendo hasta las 14.21 h, reanudando la conducción a las 15.01 y hasta las 0.00 h, devengando por tanto media dieta; el día 15/01/2013, inicia su

actividad a las 4.16 h y conduce hasta las 7.22 h, haciendo pausa y reiniciando conducción a las 9.00 h hasta las 11.51 h, y de 13.11 a 15.51 h, devengando una dieta completa; el día 16/01/2013 sale a las 3.00 h y hasta las 6.04, y a las 8.13 h hasta las 10.58 h y a las 11.17 y hasta las 14.03 h, devengando una dieta completa; el día 17/01/2013, conduce durante 1.19 min, de 6.37 a 7.56 h y también de 11.02 a 12.22 h (1.20 min), y posteriormente de 14.34 h a 18.13 h, durante 3.39 h y de 18.58 a 20.44 h, devengando una dieta completa; el 18 de enero de 2013, conduce desde las 7.46 a las 9.52 y de 11.42 a 12.52, devengando media dieta; el día 21 de enero de 2013, conduce desde 11.16 a las 15.18 h, con interrupciones de trabajo y de pausa, y de 15.49 a 16.38 y de 17.50 a 19.20, devengando una dieta completa; el 22 de enero de 2013, sale a 5 h y conduce hasta las 17.17 h, devengando una dieta completa; el día 23 de enero de 2013, sale a las 10.34 h y conduce hasta las 18.29 h, devengando una dieta completa; el día 24 de enero de 2013, sale a las 6.40 h y conduce hasta las 9.38 h, no devengando media dieta; el día 25 de enero de 2013, sale a las 11.05 y conduce hasta las 16.50, devengando una dieta completa; el día 26 y 27 de enero de 2013, no conduce; el día 28 de enero sale a las 8.21 h y conduce hasta las 18.28 h, devengando una dieta completa; el día 29 de enero de 2013, sale a las 6.01 y conduce hasta las 17.26 h, devengando una dieta completa; el día 30 de enero sale a las 10.18 y conduce hasta las 18.59 h, devengando una dieta completa; el día 31 de enero de 2013, sale a las 5.30 h y conduce hasta las 18.18 h, devengando una dieta completa.

TERCERO.- Durante la relación laboral, la empresa ha abonado al trabajador las cantidades que se reflejan en las nóminas obrantes en autos y que damos por reproducidas. En dichas nóminas consta el pago en concepto de dietas de las siguientes cantidades: en enero de 2013, de 143 €; en febrero de 2013, de 562 €; en marzo de 2013, de 580 €; en abril de 2013, de 619 €; en mayo de 2013, de 646 €; en junio de 2013, de 733 €; en julio de 2013, de 542 €; en agosto de 2013, de 619 €; en septiembre de 2013, de 57 €; en octubre de 2013, de 618 €; en noviembre de 2013, de 409 €; en diciembre de 2013, de 587 €.

CUARTO.- Que el demandante reclama el abono de un total de 354 horas extraordinarias realizadas durante 2013, por importe de 4.683,42 €, según anexo que se acompaña a la demanda y cuyo contenido se da por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados.

QUINTO.- Obra en las actuaciones informe pericial del Sr. _____ responsable técnico de _____ dándose su contenido por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados.

SEXTO.-Consta en autos la documentación relativa a la tramitación de procedimiento Diligencias Previas nº 1408/2014, archivado por auto de fecha 3/06/2014 en el que se acuerda el sobreseimiento provisional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 641.2º de la LECRim (folio 122).

SÉPTIMO.- El 13/02/2014 fue celebrado el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son producto de la libre y conjunta valoración de la prueba practicada en el acto del juicio y limitada a la documental aportada por las partes en sus respectivos ramos de prueba y a la petricional realizada en la persona del sr.

SEGUNDO.- Se interesa por la parte actora, de un lado, el abono de las horas extraordinarias y, de otro lado, el abono de diferencias por dietas.

Por su parte, la empresa demandada se opone, por cuanto el demandante no ha realizado horas extraordinarias, debiendo estarse a la diferencia entre los períodos que el trabajador está entre servicio y servicio, en que se encuentra a disposición del empresario, de los de trabajo efectivo y del resto de horas en que no está obligado a permanecer localizable o sometido a cambio de horario o viaje, siendo tiempo de libre disposición. Asimismo, hay que tener en cuenta la existencia de orden de retención de parte del sueldo por haberlo dispuesto un Juzgado de Palma de Mallorca y que la empresa está obligada a cumplir. Por último, y en cuanto a las dietas se le han abonado por la empresa, en cantidades incluso superiores.

Se dan por reproducidas las demás alegaciones de las partes en evitación de innecesarias reiteraciones.

TERCERO.- Con relación a la primera de las cuestiones, la parte demandada se opone sobre la base de la aplicación del art. 8.1 y 3 del Real Decreto 1561/1995, que regula las jornadas especiales de trabajo, en relación con lo establecido en el artículo 64 de la Ordenanza Laboral del Sector del Transporte por Carretera y los artículos 12 y 4 del convenio colectivo del sector para la industria del transporte de mercancías de carretera y agencias de transporte de Álava 2010-2016, norma vigente en el período reclamado, solicitando que las horas que exceden del tiempo de conducción y toma y deje del servicio sean consideradas como horas de libre disposición y no como horas de presencia.

En este caso debemos tener en cuenta que el convenio colectivo no define las horas de presencia, por lo que hemos de acudir a la normativa general contenida en el Real Decreto 1.561/1995, de 21 de septiembre, que regula las jornadas especiales de trabajo, cuyo artículo 8 en relación con el trabajo prestado en el sector del transporte considera como tiempo de presencia "aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares"; por lo tanto es requisito necesario para que el trabajo se califique como tiempo de espera, que el trabajador esté disponible para la empresa dispuesto a prestar servicio efectivo o realizando labores de mantenimiento y guarda del vehículo.

Como declara el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de febrero de 2007 "Las denominadas horas de presencia o espera no se refieren tanto al ámbito temporal de la prestación de trabajo como a la intensidad de esa prestación y en este sentido en el marco de algunos sectores profesionales se contraponen al tiempo de trabajo efectivo, como sucede en el sector transporte de acuerdo con el artículo 8 del Real Decreto 1561/1995. Así tiempo de trabajo efectivo es "aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte y otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o

medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga", mientras que el tiempo de presencia se define como "aquel en que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías comidas en ruta y otras similares". El tiempo de trabajo efectivo es el que está limitado por la jornada máxima legal y por los límites establecidos para las horas extraordinarias que, sin embargo, no rigen para el tiempo de presencia /artículo 8.2 y 3 del Real Decreto 1561/1995).".

Más específicamente el artículo 10 del Real Decreto 1.561/1995, que regula el tiempo de trabajo en los transportes por carretera, establece que "Se entienden comprendidos dentro del tiempo de presencia, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8.1, los períodos distintos de las pausas y de los descansos, durante los que el trabajador móvil no lleva a cabo ninguna actividad de conducción y otros trabajos y no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos."

Es decir, en un sector como es el del transporte, en el que por necesidad el trabajador puede estar fuera de su domicilio mientras presta un servicio o realiza una ruta, no todo el tiempo en el que se encuentre desplazado debe ser retribuido por la empresa, sino sólo aquel en el que realiza la conducción y el cambio de servicio, o esté a disposición empresarial bien vinculado a operaciones de guarda o mantenimiento del vehículo o debidamente localizado para poder incorporarse al servicio en un breve período de tiempo.

Respecto al caso que nos ocupa, la primera cuestión que se suscita es la relativa a la prueba de las horas extraordinarias que se intentan acreditar por medio de la pericial aportada por el actor. Las dudas se suscitan, no tanto respecto a los criterios y método de análisis de la tarjeta y chip, sino en cuanto a la trazabilidad de la misma y su correspondencia con el vehículo conducido por el actor. Si bien, la tarjeta llega al perito por el conducto del abogado, lo cierto es que el perito deja claro que la misma no es manipulable y que se corresponde con el vehículo conducido por el actor. Ahora bien, lo anterior, no obsta a que se deba explicar las razones de las discrepancias con el informe de actividades de conductor que aporta la empresa y que se corresponde con el disco tacógrafo. Por consiguiente, ante la negativa de la empresa, el actor, no obstante aportar un informe pericial orientado a acreditar la realización efectiva de conducción en los horarios que relaciona en el anexo de su demanda; a la vista de dicho informe, bien pronto se advierte que ya en la mensualidad de enero (por la que reclama 28 horas extraordinarias), no consta en su informe ninguna actividad; y respecto de la de febrero (por la que reclama 31 horas), solamente constan trabajados en su informe dos días (el 27 y el 28 de febrero). Lo anterior determina que parezca más ajustada a la realidad de su reclamación el informe aportado por la empresa "de actividades de conductor". Es decir, que el informe pericial aportado, de cuya objetividad nada habría que cuestionar, no coincide con su pretensión, por lo que debe considerarse que le asiste la razón a la empresa demandada en cuanto a las dudas que suscita el meritado informe. Y a mayor abundamiento, tampoco se nos explica en qué yerra el "informe de actividades de conductor" aportado por la empresa, y que ha servido de base para el pago de los servicios prestados por el actor. En definitiva, no se han acreditado los períodos entre servicio y servicio, en que se encuentre a disposición del empresario, ni cuáles sean de trabajo efectivo y el resto de horas que califica de horas de presencia. Tampoco se prueba que durante esas horas restantes estuviera

obligado a permanecer localizable o sometido a cambio de horario o viaje, debiendo presumirse como sostiene la empresa que era un tiempo de libre disposición.

CUARTO.- La empresa demandada se opone al pago de las dietas argumentando que han sido correctamente abonadas –incluso en ocasiones de más- y que en la reclamación se incurre en error, pues la petición es lineal y, de conformidad con lo establecido en el Convenio, la cantidad es variable.

El artículo 27 del convenio colectivo aplicable señala la cuantía de las dietas a abonar por viajes realizados, con inclusión hecha de Portugal, señalando los importes correspondientes a dietas enteras, la comida, la cena y la pernoctación. Debe señalarse en primer lugar, que el cálculo realizado por la parte actora, ciertamente es erróneo, al atribuir unos valores lineales a una inexistente dieta de 10 euros. En este sentido, el art. 27 relativo a las Dietas, dice que: “Para el primer año de vigencia la cuantía de las dietas será la siguiente:

DIETAS NACIONALES		DIETAS AL EXTRANJERO	
Comida	14,01 euros	Comida	17,53 euros
Cena	13,05 euros	Cena	16,26 euros
Cama	14,01 euros	Cama y Desayuno	25,08 euros
Almuerzo	6,03 euros		
Total	47,10 euros	Total	58,87 euros

NOTA: En las dietas nacionales se incluye Portugal”.

No obstante lo anterior, tal reclamación lineal, en cuantía siempre menor que la que pudiera corresponder por cualquier de los conceptos indemnizables, es cierto que no obsta a la eventual estimación, por cuanto que lo reclamado se referirá siempre a una petición parcial, siempre que se acredite la procedencia de lo pedido, porque el que puede pedir lo más, también puede pedir de menos. Así pues, la forma en la que el demandante ha venido a formular su petición, obliga a una labor ingente, y que no le exonera de justificar la concurrencia de cada una de las posibles dietas devengadas en cada uno de los días trabajados que son objeto de reclamación. Por consiguiente, si se acreditan los mismos y, atendidas las cantidades pagadas la existencia de saldo positivo o negativo a su favor, por razón de la concurrencia de cada una de las dietas que linealmente reclama a lo largo de 275 días.

No obstante lo anterior, de la relación de servicios que el demandante aporta anexa a la demanda (folio 2) se deduciría que, por ejemplo, en el mes de enero de 2013, el trabajador salió el 10 de enero a las 3.30 y volvió a las 16 horas, devengando por tanto una dieta completa; salió el 11 de enero de 2013 a las 8 h y volvió el a las 18 horas, devengando por tanto media dieta; salió el 14 de enero a las 4 horas y volvió a las 16 horas, devengando por tanto media dieta; salió el 15 de enero a las 5 horas y regresó a las 17 horas, devengando por tanto una dieta completa; salió el 16 de enero de 2013 a las 4 h y volvió el a las 15 horas, devengando por tanto una dieta completa; salió el 17 de enero de 2013 a las 7.30 h y volvió el a las 20 horas, devengando por tanto dieta completa; salió el 18 de enero de 2013 a las 9 h y volvió el a las 17 horas, devengando por tanto una media dieta; salió el 21 de enero de 2013 a las 5.30 h y volvió el a las 20 horas, devengando por tanto una dieta completa; salió el 22 de enero de 2013 a las 6 h y volvió el a las 19 horas, devengando por tanto una dieta completa; salió el 23 de enero de 2013 a las 8 h y volvió el a las 17 horas, devengando por tanto una dieta completa; salió el 24 de enero de 2013 a

las 7.30 h y volvió a las 12 horas, devengando por tanto una dieta completa; salió el 25 de enero de 2013 a las 12 h y volvió el a las 16.30 horas, devengando por tanto una media dieta; salió el 28 de enero de 2013 a las 9 h y volvió el a las 19.30 horas, devengando por tanto una dieta completa; salió el 29 de enero de 2013 a las 7 h y volvió el a las 18.30 horas, devengando por tanto una dieta completa; salió el 30 de enero de 2013 a las 8 h y volvió el a las 19 horas, devengando por tanto una dieta completa; salió el 31 de enero de 2013 a las 6.30 h y volvió el a las 19 horas, devengando por tanto una dieta completa.

Sin embargo, el mes de enero en el informe de conductor por él aportado, no consta ningún servicio, puesto que el “informe de conductor” comienza con el periodo de 1 de febrero de 2013 a 28 de febrero de 2013. Lo anterior, conduce a la necesidad de atender a la documentación aportada a los folios 100 y ss, donde consta la relación de los días en que se devenga dieta y que se corresponde, con los datos obrantes en el “Informe de actividades de conductor” aportado por la empresa (folios 169 y siguientes), siendo que el día 9 de enero se devenga media dieta, y que el 10 de enero de 2013 salió a las 2.50 h y volvió el a las 7.07 horas, y volvió a salir a las 16.14 para regresar el 11 de enero a las 7.21 horas, devengando una dieta completa; salió el 11 de enero de 2013 a las 17 h y condujo hasta las 0.00 horas, devengando por tanto media dieta; salió el 14 de enero de 2013 a las 0.00 h y condujo hasta las 7.06 h, haciendo una pausa y reanudando la conducción a las 8.02 y hasta las 11.50, con nueva pausa y conduciendo hasta las 14.21 h, reanudando la conducción a las 15.01 y hasta las 0.00 h, devengando por tanto media dieta; el día 15/01/2013, inicia su actividad a las 4.16 h y conduce hasta las 7.22 h, haciendo pausa y reiniciando conducción a las 9.00 h hasta las 11.51 h, y de 13.11 a 15.51 h, devengando una dieta completa; el día 16/01/2013 sale a las 3.00 h y hasta las 6.04, y a las 8.13 h hasta las 10.58 h y a las 11.17 y hasta las 14.03 h, devengando una dieta completa; el día 17/01/2013, conduce durante 1.19 min, de 6.37 a 7.56 h y también de 11.02 a 12.22 h (1.20 min), y posteriormente de 14.34 h a 18.13 h, durante 3.39 h y de 18.58 a 20.44 h, devengando una dieta completa; el 18 de enero de 2013, conduce desde las 7.46 a las 9.52 y de 11.42 a 12.52, devengando media dieta; el día 21 de enero de 2013, conduce desde 11.16 a las 15.18 h, con interrupciones de trabajo y de pausa, y de 15.49 a 16.38 y de 17.50 a 19.20, devengando una dieta completa; el 22 de enero de 2013, sale a 5 h y conduce hasta las 17.17 h, devengando una dieta completa; el día 23 de enero de 2013, sale a las 10.34 h y conduce hasta las 18.29 h, devengando una dieta completa; el día 24 de enero de 2013, sale a las 6.40 h y conduce hasta las 9.38 h, no devengando media dieta; el día 25 de enero de 2013, sale a las 11.05 y conduce hasta las 16.50, devengando una dieta completa; el día 26 y 27 de enero de 2013, no conduce; el día 28 de enero sale a las 8.21 h y conduce hasta las 18.28 h, devengando una dieta completa; el día 29 de enero de 2013, sale a las 6.01 y conduce hasta las 17.26 h, devengando una dieta completa; el día 30 de enero sale a las 10.18 y conduce hasta las 18.59 h, devengando una dieta completa; el día 31 de enero de 2013, sale a las 5.30 h y conduce hasta las 18.18 h, devengando una dieta completa. El resultado es que, el actor no acredita la existencia de la deuda reclamada, siendo que, a la vista ya de los datos del mes de enero 2013, la petición del trabajador por dietas, no sería diversa de la satisfecha, siendo que la empresa le ha abonado, en la nómina de febrero 562 euros y en marzo 580 euros; y si bien se desconoce en qué mensualidad se abonaron de forma efectiva las dietas devengadas en el mes de enero, lo cierto es queda claro, que las cantidades por él reclamadas en concepto de diferencias, no se acreditan (folio 85 y 86). Lo anterior, exonera ya del examen del resto de mensualidades reclamadas.

QUINTO.- Que contra la presente sentencia cabe interponer recurso de suplicación, a

tenor de lo dispuesto en los artículos 191 LRJS.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que desestimo la demanda presentada por el Letrado D. en
representación del Sindicato . . . y de contra
. y, en consecuencia, debo absolver y absuelvo a la
demandada de los pedimentos formulados de contrario.

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 o graduado social para su formalización.

Para recurrir la demandada deberá ingresar en la cuenta nº 0078 0000 65 0268 14 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 36, 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.