



Roj: **STSJ GAL 1792/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:1792**

Id Cendoj: **15030340012022101153**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2022**

Nº de Recurso: **2417/2021**

Nº de Resolución: **1041/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA TERESA CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

SENTENCIA: 01041/2022

-

Secretaria Sra. IGLESIAS FUNGUEIRO

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

Correo electrónico:

NIG: 36057 44 4 2020 0004500

Equipo/usuario: IG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002417 /2021-ig

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000738 /2020

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña Enma

ABOGADO/A: JOSE MANUEL VAZQUEZ LOJO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, DIRECCION001

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA, FRANCISCO JAVIER RIAL LAVIA

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

ILMA. SRA D^a BEATRIZ RAMA INSUA

ILMA. SRA D^a MARIA TERESA CONDE-PUMPIDO TOURÓN

ILMO. SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a ocho de marzo de dos mil veintidós.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002417/2021, formalizado por el Letrado D. José Manuel Vázquez Lojo, en nombre y representación de D^a Enma , contra la sentencia número 53/2021 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de DIRECCION000 en el procedimiento ORDINARIO 0000738/2020, seguidos a instancia de D^a Enma frente a FOGASA y DIRECCION001 , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a MARIA TERESA CONDE-PUMPIDO TOURON.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Enma presentó demanda contra FOGASA y DIRECCION001 , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 53/2021, de fecha dieciocho de enero de dos mil veintiuno.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: Primero.- La demandante D^a. Enma , mayor de edad y con D. N. I. número NUM000 , viene prestando servicios para la empresa DIRECCION001 ., dedicada a la actividad de artes gráficas, desde el día 1 de marzo de 2010, con la categoría profesional de asistente realizando funciones de apoyo a la dirección como tramitar altas y bajas de personal, contratos, incapacidades temporales, etc. Segundo.- Reclama la actora las siguientes cantidades por los conceptos que a continuación se indican: — 2.915'84 euros de diferencias en las pagas extraordinarias de septiembre de 2019 a agosto de 2020. — 4.398'39 euros de 199'51 horas extras. Tercero.- La trabajadora, que tiene contratada una jornada de 40 horas semanales, llegó con la empresa a un acuerdo verbal en el año 2013, con motivo del nacimiento de su hijo, de realizar 30 horas y seguir cobrando su salario completo, ello sin solicitar formalmente la reducción de jornada para el cuidado de su hijo. Cuarto.- La empresa en el año 2019 le vino abonando a la trabajadora en el período reclamado: 1.062'83 euros de salario base, 17 de antigüedad, 775'23 de complemento a bruto y 269'94 de prorrata de pagas extras. Y en el 2020 por una jornada de 20 horas semanales: 531'42, 8'50, 387'61 y 134'97 euros respectivamente. Quinto.- La empresa nunca abonó como tal la paga extra de beneficios. Y a algunos empleados, entre ellos la demandante, les abonó en cuantía variable una "Gratificación voluntaria extraordinaria" en cuantía de 800 euros en septiembre de 2017, 400 en abril de 2018, 640 en septiembre de 2018 y 1.275 en marzo de 2019. Sexto.- Del 28 de marzo al 1 de julio de 2020 la trabajadora tuvo reducida su jornada en un 50% y realizó teletrabajo desde su domicilio y, registrando la jornada ella misma en el ordenador mediante un programa informático creado por la empresa, registró de marzo a agosto de 2020 un exceso de jornada sobre las 3 horas diarias de 199'51 horas. Séptimo.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 10 de septiembre de 2020, la misma no pudo celebrarse debido a las restricciones impuestas con motivo del Covid-19.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda interpuesta por D^a. Enma frente a la empresa DIRECCION001 ., debo absolver y absuelvo a ésta de las pretensiones contra ella deducidas..

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D^a Enma formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 13/05/2021.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló día para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Frente a la sentencia desestimatoria de la demanda se alza en suplicación la demandante y en un primer motivo, al amparo del art. 193.b) de la LRJS, pretende la revisión del relato histórico en los siguientes aspectos:

A) Pide modificar el ordinal primero para que rece: "La demandante D^a. Enma, mayor de edad y con D. N. I. número NUM000, viene prestando servicios para la empresa DIRECCION001, dedicada a la actividad de artes gráficas, desde el día 1 de marzo de 2010, con la categoría profesional de asistente realizando funciones de directora de Recursos Humanos, y de apoyo a dirección, realizando, entre otras funciones, la tramitación de altas y bajas de personal, contratos, incapacidades temporales, etc."

Lo fundamenta en los folios 144, 228, 230, 232 a 234, 239 a 243, 248, 276 a 279.

No se accede a ello por varias razones, y sustancialmente porque: 1º) la adición presenta carácter valorativo en clave jurídica pues en los "hechos" (funciones realizadas) no existe discrepancia con lo apreciado por el juzgador a quo; y 2º) la modificación propuesta debe derivar claramente del apoyo útil alegado, sin necesidad de tener que acudir para ello a deducciones, elucubraciones o argumentaciones, de tal modo que se desprenda de ese apoyo probatorio señalado, de una manera que sea contundente en cuanto a la equivocación del órgano judicial de instancia, quien ha valorado tal documental conforme a las reglas de la sana crítica.

B) Pretende revisar el ordinal tercero para que se aclare que el acuerdo alcanzado lo fue "para disfrutar de reducción de jornada para el cuidado de hijo", lo que debe fracasar pues, como admite, el propio ordinal recoge tal reducción de jornada, sin obstáculo alguno para el cálculo de las posibles horas extras que es la razón dada por la recurrente para su pertinencia.

C) Solicita sustituir el primer párrafo del ordinal quinto por la siguiente redacción: "La empresa venía abonando la paga extra de beneficios fraccionadamente en los meses de marzo-abril, y septiembre". Tampoco tal revisión puede tener éxito en tanto el magistrado a quo, tanto de la testifical como de la documental concluye la versión contenida en tal ordinal, sin que los documentos invocados revelen un error judicial evidente sino que estamos ante una interpretación subjetiva de los mismos.

SEGUNDO.- En el primer motivo al amparo del art. 193.c) de la LRJS, denuncia infracción de los artículos 22 y 26 ET, en relación a los artículos 1 a 15 del Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas 2019-2021; argumenta, en síntesis, que a efectos de fijar la estructura salarial hay que partir de la categoría atribuible por Convenio y que las funciones que realizaba eran las propias de Directora de departamento.

La categoría de Directora de departamento se define en el art.17, pero tal precepto no se invoca; en todo caso según el art.15 del Convenio (sí invocado), tal categoría se integra en el Grupo 0 que según tal precepto exige "las siguientes funciones: fijar los objetivos a alcanzar y trazar el camino para conseguirlos; ordenar los medios materiales y humanos para conseguir los objetivos; hacer lo necesario para que las decisiones que se adopten se ejecuten de forma eficaz y conseguir que todo el personal realice su cometido; comprobar que los datos reales se correspondan con las previsiones, para así efectuar las posibles correcciones de las desviaciones", lo que no se corresponde con las funciones tal y como se declaran probadas.

Señala la empresa impugnante como el art.18 del Convenio señala que a partir del nuevo sistema clasificatorio convencional (BOE de 17 de mayo de 2017) se eliminaron un serie de categorías; y en efecto entre ellas se encuentra la de Asistente de Dirección, añadiendo el citado precepto convencional que "No obstante, si en alguna de las empresas afectadas por el presente convenio colectivo existiese alguno de los puestos de trabajo (antes categorías) que se han eliminado, se seguirá aplicando a las mismas, por lo que a retribuciones se refiere, lo dispuesto en la tabla salarial publicada en el BOE del 10 de abril de 2014 con la actualización del salario correspondiente a cada puesto de trabajo (antes categoría) conforme al incremento establecido en el presente convenio, sumándose el plus lineal al salario base correspondiente. En cuanto al nombre, se mantendrá el de la antigua categoría, pasando ahora a denominarse puesto de trabajo, no siendo preciso buscar la equivalencia con alguno de los puestos de trabajo descritos en la nueva Clasificación Profesional del vigente convenio colectivo."

En razón de lo expuesto, el motivo se desestima.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal, denuncia a continuación vulneración de los arts. 34.8 y 37.6 del ET en relación con el artículo 41 del Convenio colectivo; argumenta, en síntesis, que la actora llegó a un acuerdo con la empresa para realizar una jornada reducida tras el nacimiento de su hijo menor, aunque no existiera solicitud formal, pero precisamente tal hecho ha sido reconocido por el magistrado de instancia en el relato fáctico, con el añadido de que se mantuvo el salario completo, lo que resulta condición más favorable que la prevista en la previsión legal y convencional que se denuncia, sin que se advierta cual puede ser la vulneración en que pudiera haber incurrido la sentencia.



CUARTO.- En el siguiente motivo de censura jurídica denuncia infracción de los artículos 3.1.c), 3.5 y 26.3 del ET, así como el artículo 8 del Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas.

Argumenta, en primer lugar, que las partes pactaron en 2017 un salario mensual de 1600 que se alcanzaba con todos los conceptos que se recogen por el magistrado y que en el año 2019 pactan un aumento hasta los 2125 €, más la paga de beneficios; incurre así la recurrente en el censurable vicio procesal de incurrir en una petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, pues tales pactos no se acreditan. Aunque la demandante insiste en que las nóminas de septiembre 17 abril, 18 septiembre 18 y marzo 19 se le abonó la paga de beneficios fraccionada, lo cierto es que en las nóminas tales cantidades se catalogaron como "gratificación voluntaria extraordinaria" y el juzgado de instancia concluyó por la testifical que se trató de puntuales gratificaciones a algunos trabajadores en tales fechas que no se reiteraron desde entonces.

En razón de ello, no existe la condición más beneficiosa que ahora se invoca, esto es el derecho a la paga extra de beneficios a mayores del salario bruto pactado de 2125 €, pues ni se acreditó la relación entre aquellas gratificaciones y la paga de beneficios, ni que tal fuera la voluntad de la empresa, como tampoco que ésta concediera un derecho a seguir percibiendo tal gratificación puntual, como resuelve el magistrado de instancia.

A continuación, arguye que no puede operar la compensación y absorción porque se trata de conceptos heterogéneos y que se pactó como no absorbible; entendemos que se hace referencia a la gratificación extraordinaria, por lo que debe desestimarse tal argumentación por lo siguiente:

1) La jurisprudencia ha señalado con reiteración que la técnica de la compensación y absorción tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta (sentencias de 10 de noviembre de 1998, 9 de julio de 2001, 18 de septiembre de 2001 y 2 de diciembre de 2002). Ello supone que, en principio, la compensación tiene que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad (sentencias de 15 de octubre de 1992 y 10 de junio de 1994). Fuere como "gratificación voluntaria" que no respondiera a especial finalidad (nada se acreditó sobre ello), estaríamos ante conceptos homogéneos con las diferencias de pagas extras que se reclamaron en demanda, pues en ambos casos se trata meramente de aumentar la retribución salarial.

2) Dado que, como señalamos, ningún pacto se acreditó al respecto de tales gratificaciones, difícilmente podría incluir la cláusula de que tal gratificación no fuera compensable o absorbible. El único pacto admitido es que la retribución mensual bruta sería de 2125€ y se cumple con los conceptos mensualmente abonados, recogidos en el ordinal cuarto.

Por último, aduce que el párrafo primero del art.8 del Convenio colectivo establece que: "Podrá operar la compensación y absorción hasta un 70 % del incremento salarial cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para el personal que los fijados en el presente Convenio." Y que siendo la retribución anual percibida por la trabajadora de 27.405,06 euros (2125 € x12 mensualidades + Paga extra 1855,06 €) y la que le correspondería por convenio para la categoría de asistente según las tablas de 14.178,11 euros el incremento que percibe sobre el Convenio sería de 13.226,95 € por lo que no sería compensable el 30%, esto es 3.968,08 euros, debiendo estimarse la pretensión sobre diferencia de pagas extras reclamada.

Ciertamente la redacción de la cláusula convencional es reveladora de una inequívoca voluntad de los negociadores de un incremento del salario real de cada trabajador que se fija al menos en el 30% del incremento que les correspondiera por el nuevo salario convencional; no se trata como pretende la recurrente en el desarrollo del recurso de un porcentaje de la diferencia entre retribución real y convencional, sino sobre el "incremento" pactado (eso ya sin tener en cuenta que se insiste en considerar que el salario real incluiría a mayores la paga de beneficios). Con tal interpretación, para tener éxito la parte habría tenido que desarrollar el motivo -como le resulta exigible-, comparando el salario convencional anterior al Convenio 2019-2020 y el pactado en esta última norma lo que no hace, para lo que no cabe olvidar que al estar extinta su categoría no figura la retribución de asistente de dirección en las Tablas, sino que habrían de aplicarse los sucesivos incrementos convencionales desde 2014, operaciones todas ellas que no corresponde realizar a la Sala sino que la parte debía desarrollar cumplidamente en su recurso. Al no haberlo hecho, ignoramos cual pudiera ser el incremento mínimo del 30% a percibir que pudiera ser estimado en razón de la cuantía de su pretensión, por lo que el motivo está condenado al fracaso.

QUINTO.- En el último motivo de censura jurídica, denuncia infracción de los artículos 34 y 35 del ET así como de los artículos 34 y 35 del Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas; argumenta esencialmente que, aún cuando el magistrado no considera que realizara las horas extras reclamadas por estar teletrabajando, lo cierto es que el registro así lo acredita, y el hecho de estar la mayoría



de la plantilla en ERTE aumentaba su trabajo, debiendo considerarse tiempo de trabajo todo aquel que está disponible, como señala la jurisprudencia comunitaria que cita.

La sentencia, valorando el conjunto de la prueba practicada, estima que no ha quedado acreditada la realización de horas extraordinarias, señalando en cuanto al registro que el sistema debía activarse y desactivarse por la propia actora y que tales supuestas horas registradas solo aparecen en el periodo en el que estuvo teletrabajando pero no cuando vuelve a trabajar en la oficina (y puede ser controlado el modo de efectuar el registro). Y tal conclusión no aparece como arbitraria, como tampoco se entiende desvirtuada a la vista de la argumentación de la recurrente pues no se alcanza a entender ese supuesto aumento de trabajo cuando, como ella misma alega, más del 75% de la plantilla estaba en ERTE y no se contrataba nuevo personal, por lo que las incidencias eran mínimas y no ha aportado prueba de la supuesta exigencia de estar en su domicilio a disposición de la empresa fuera de su horario de trabajo. En consecuencia, tampoco este motivo puede prosperar.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a. Enma contra la sentencia de fecha dieciocho de enero de dos mil veintiuno, dictada por el juzgado de lo social nº uno de DIRECCION000 , en autos 738/2020 sobre Cantidades, la confirmamos íntegramente.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos