



Roj: **STSJ PV 2316/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:2316**

Id Cendoj: **48020340012016101433**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **05/07/2016**

Nº de Recurso: **1301/2016**

Nº de Resolución: **1507/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE LUIS ASENJO PINILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1301/2016

N.I.G. P.V. 48.04.4-15/002627

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2015/0002627

SENTENCIA Nº: 1507/2016

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 5 de julio de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por las/o Ilmas/o. Sras/Sr. D^a. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistradas/o, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Milagrosa , contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Cinco de los de BILBAO, de 9 de febrero de 2016 , dictada en proceso sobre Cantidad (RPC), y entablado por la ahora también **recurrente** frente a **SABECO BANAKETA S.A y FOGASA.**

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, 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. - La demandante, doña Milagrosa con DNI nº NUM000 , viene prestando servicios para la empresa SABECO BANAKETA S.A., con la categoría de, con antigüedad desde 03-09-1999, percibiendo un salario de 2.287,45 euros con inclusión de la parte proporcional de pagas extras.

SEGUNDO. - Ala relación laboral que une a las partes es de aplicación el Convenio Colectivo de Alimentación de Bizkaia.

TERCERO. - La empresa viene abonando a los trabajadores con categoría de jefe de sección el plus de disponibilidad no previsto en el convenio, en cuantías no homogéneas para todos los trabajadores del colectivo. Tal plus viene a retribuir la disponibilidad para prolongación de jornada según las características del servicio o sección asignada.



CUARTO.- La trabajadora tiene una reducción de jornada por cuidado de hijo en un 12,5% desde octubre de 2011.

QUINTO.-Con fecha 13 de marzo de 2015, se celebró acto de conciliación ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Bizkaia que terminó intentado sin efecto."

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

"Que desestimando la demanda formulada por doña Milagrosa frente a la empresa SABECO BANAKETA S.A. y FOGASA, debo absolver y absuelvo a las demandadas de cuanto se reclama en la litis."

TERCERO .- Como quiera que la parte actora discrepara de dicha resolución, procedió a anunciar y, posteriormente, a formalizar, el pertinente Recurso de Suplicación. Ha sido impugnado por la empresa Sabeko Banaketa SA (a partir de ahora Sabeko).

CUARTO.- Los presentes autos tuvieron entrada el 10 de junio de 2016 en esta Sala. Se ha señalado el siguiente 5 de julio, para deliberación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sra. Milagrosa solicitaba en la demanda origen de las actuaciones en curso y presentada el 24 de marzo de 2015, el pago de 3.709,3 euros, incrementados con el interés por mora, en concepto de complemento de prolongación de jornada y en el periodo que abarca de 1 de febrero de 2014 a 31 de enero de 2015.

La sentencia de 9 de febrero de 2016 y del Juzgado de referencia, desestimó íntegramente su reivindicación. Todo ello en base a los hechos que desglosábamos en nuestros antecedentes fácticos; así como en los fundamentos de derecho que se consignan en dicha resolución y que se tienen por reproducidos.

SEGUNDO.- El primer motivo de Suplicación toma como base el art. 193.b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Tiene como objetivo modificar el tercer hecho probado de la sentencia de instancia. Cita a tal fin el contenido de la sentencia de esta Sala de 15-4-2008, y más concretamente el "*Hecho Primero 4º*", incluido en el folio 19. El texto que propone es el siguiente:

"La empresa viene abonando a los trabajadores con categoría de jefe de sección el plus de disponibilidad no previsto en convenio, en cuantías no homogéneas para todos los trabajadores del colectivo. Tal plus viene a retribuir la realización de determinadas tareas tales como: tratar con comerciales externos de la Empresa, contestar a los e-mails externos, conseguir ofertas de los proveedores, facturar con los proveedores las promociones, y tratar con la central de Zaragoza."

No lo asumimos en cuanto que es innecesario por redundante. A tal efecto recordemos que de acuerdo a reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), -sentencias de 19-7-1985 y 6-5-1986, por ejemplo-, los datos de hechos que figuran en la fundamentación jurídica tienen el mismo valor aunque estén en lugar procesalmente inadecuado.

Y en ese sentido, el tercer párrafo del segundo fundamento de derecho de instancia, hace expresa referencia a la resolución de 15-4-2008, rec. 460/2008, de esta Sala, y, por tanto, la entendemos reflejada en su integridad.

TERCERO.- El segundo y a la par último motivo de Suplicación, lo sustenta en el apartado c), del art. 193, y de nuevo de la LRJS.

La Sra. Milagrosa estima que la sentencia objeto de Recurso vulnera el art. 37.5, del Estatuto de los Trabajadores (ET); así como los arts. 3 a 6, 8 y 44, de la Ley Orgánica 3/2007 y puestos a su vez en relación con el art. 14, de la Constitución.

Alega que el complemento de prolongación de jornada se abona por el hecho de efectuar determinadas tareas y no por realizar horas extras pues éstas se pagan de manera individualizada. Por tanto al no abonársele, continúa, por el simple hecho de tener reducida su jornada, se la estaría discriminando retributivamente por acogerse a medidas previstas para la conciliación familiar. Reducción, sigue diciendo, que solo puede tener una paralela disminución salarial, y sin incidencia en las funciones y/o la categoría; pues sigue ejecutando las mismas labores que anteriormente. En cualquier caso, concluye, aunque el complemento retribuya la disponibilidad para prolongar la jornada, debe seguir manteniéndolo, pues es una circunstancia que no tiene por qué darse por hecha y es la empresa quien debía demostrarlo, generando una discriminación salarial respecto a las que trabajan a jornada completa y vulneración a su promoción profesional.



Previamente destacaremos que el motivo en curso introduce variados datos de hecho que no incorporó, o tan siquiera intentó efectuarlo, al relato fáctico; sin embargo, luego se sirve de ellos para sus argumentaciones. Pero al no cumplir con lo establecido en el mencionado art. 193.b), de la LRJS, ninguna virtualidad tienen, como tampoco los alegatos que infiere de los mismos. Partiremos en consecuencia y exclusivamente, de la relación de hechos probados incorporada a la resolución de instancia, al igual que de los datos fácticos que pudiera también incluir su fundamentación jurídica, como ya dijimos.

Tras esa precisión, destaquemos que punto de partida imprescindible para solventar este litigio, es la sentencia de esta Sala de 15-4-2008 y nominada con anterioridad, en cuanto que despliega efectos de cosa juzgada positiva - art. 222.4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, respecto al derecho de la actora a percibir el llamado complemento de prolongación de jornada. Derecho que una vez obtenida firmeza y eso no se discute, debe extenderse a situaciones posteriores y en tanto no surjan elementos novedosos que pudieran alterar su vigencia de manera sustancial y por ende los términos del debate original.

Tal evento y a juicio de Sabeko, tiene lugar a partir de octubre de 2011, y cuando la actora pide una reducción de jornada por cuidado de hijos del 12,5% -hecho probado cuarto-. Aunque, también matiza, que una vez finalice esa reducción recobrará el derecho a percibirlo.

Para dirimir los efectos suspensivos pretendidos por parte de la empleadora, resulta básico delimitar el contenido y forma de devengo del complemento de referencia. Nos topamos con un primer problema, cual es que no existe una regulación escrita del mismo. Tampoco la relación de hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Social num. Diez de los de Bilbao y antecedente directo de nuestra sentencia de abril de 2008, clarifica la cuestión, ya que no existe la necesaria ligazón fáctica entre el cuarto hecho probado, tal como pretende la trabajadora, y la forma de devengo del complemento. Por tanto, acudiremos al tercer fundamento de derecho de nuestra sentencia tantas veces invocada y donde hacíamos un breve resumen fáctico y a modo de punto de partida del que fue posterior análisis. Decíamos allí:

"- e.-) la empresa asume en su recurso que el complemento de prolongación de jornada desea compensar una especial disponibilidad con base en la confianza.

f.-) todos los trabajadores con categoría de Jefe de Sección desempeñan idénticas funciones y en iguales condiciones de dedicación y responsabilidad, sin que conste diferencia alguna en el modo de la prestación de los servicios-".

Lo cual a su vez nos llevaba a concluir, que : *"-el abono del complemento de prolongación de jornada a unos trabajadores y no a otros con la misma categoría y desempeñando sus funciones con idénticas exigencias de dedicación y responsabilidad, supone una vulneración del principio de igualdad-".*

Para insistir con posterioridad en que: *"-está acreditado que todos los Jefes de Sección realizan idénticas funciones y en idénticas condiciones de dedicación, disponibilidad y responsabilidad-".*

Es el momento de referirse a la sentencia de 16-6-2015, rec. 1007/2015, también de esta Sala, y a la que la empleadora concede especial importancia para sustentar su tesis. Sin embargo, lo que allí se indica no puede tener los efectos pretendidos. Así, resulta decisivo recordar que la actora no fue parte en la misma y a diferencia de la anterior, que como hemos visto conlleva que se le aplique la cosa juzgada en la vertiente positiva. Por tanto, lo que posteriormente se indique y sobre otra trabajadora, no puede alterar su situación. Por demás, las dos referencias que personalmente se le hacen son meros "obiter dicta", que no pueden alterar los términos del presente debate.

Retomando nuestro argumentario e incidiendo en los tres parámetros de referencia -dedicación, disponibilidad y responsabilidad-, el que la Sra. Milagrosa esté en reducción de jornada no altera esos tres aspectos de su trabajo, ya que hemos de suponer que por ser inherentes a su cargo, recordemos encargada de sección, debe seguir cumpliendo ambos parámetros. Así la responsabilidad la da su propia categoría profesional; la dedicación no supone por sí misma que la jornada ordinaria de trabajo tenga que incrementarse, sino que lo más lógico es la intensidad con la que ha de ejecutarse; lo mismo puede decirse sobre la disponibilidad, pues tal expresión tiene múltiples aspectos laborales y no automáticamente es trasladable a la realización de una mayor jornada de trabajo que la pactada.

Por demás, se hace mucho hincapié en que su jornada está reducida. No obstante, se obvia que esa reducción es mínima, ya que mantiene la jornada ordinaria en un 87,5%. Visto lo cual la incidencia que puede tener en el cumplimiento de la dedicación y responsabilidad, ha de calificarse de esa misma forma.

Enlazando con todo lo anterior, hay que ser especialmente cautelosos a la hora de convalidar determinadas situaciones que a la postre puedan suponer una discriminación por razones de sexo, en este caso desde la perspectiva del cuidado de los hijos. Argumento que no es novedoso, pese a lo que afirma la empresa en su



escrito impugnatorio, pues examinada la grabación de la vista oral, ese tema fue suscitado por la actora en el trámite de conclusiones. Y esa cautela nos hace ver que la empresa eludiendo el análisis del binomio de referencia, lo único que dice es que al tener reducción de jornada, no puede prolongar la misma; explicación insuficiente desde una perspectiva objetiva y razonable, por lo que hemos venido argumentando.

En cualquier caso y aun asumiendo a efectos meramente dialécticos, que el devengo del complemento esté exclusivamente ligado a la prolongación de la jornada de trabajo y cuando así se vea necesario por la empleadora, no se demuestra por Sabeko que requerida la Sra. Milagrosa a desarrollar sus tareas de esa manera, haya omitido su cumplimiento. Tampoco es contradictorio a su situación el que pudiera efectuar tales prolongaciones, ya que por su propia naturaleza no sería lo habitual, sino, por el contrario, excepcional y puntuales, y siempre previo requerimiento expreso.

CUARTO.- Consecuencia de lo expuesto es que debemos reconocer una deuda por ese concepto. Sin embargo y siendo coherentes con la tesis defendida, su importe ha de reducirse en un 12,5% y paralela a la reducción de jornada.

Suma que se verá incrementada con el 10% anual de interés por mora en el pago del salario y de conformidad al art. 29.3, del ET .

QUINTO.- La estimación parcial del Recurso carece de incidencia desde la perspectiva del pago de las costas que hayan podido generarse en la presente instancia. Por tanto nada es exigible a los litigantes y en ese sentido.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación formulado por D^a. Milagrosa , contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Cinco de los de Bilbao, de 9 de febrero de 2016 , dictada en el procedimiento 259/2015; la cual debemos también revocar parcialmente y condenamos a Sabeko Banaketa SA, al pago de 3.246,10€, que se verá incrementado con el diez por ciento anual de interés por mora en el pago del salario, en concepto de complemento por prolongación de jornada y por el periodo que abarca de 1 de febrero de 2014 a 31 de enero de 2015. 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/la Iltmo/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 4699-0000-66-1301-16.



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 4699-0000-66-1301-16.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ