



Roj: **STSJ CAT 7710/2024 - ECLI:ES:TsjCAT:2024:7710**

Id Cendoj: **08019340012024104511**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **17/10/2024**

Nº de Recurso: **459/2024**

Nº de Resolución: **5582/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866159

FAX: 933096846

EMAIL:salasocial.tsj.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0812144420228052803

Recurso de suplicación 459/2024 -T2

Materia: Reclamación cantidad

Órgano de origen:JUZGADO SOCIAL N. 2 DE MATARO

Procedimiento de origen:945/2022

Parte recurrente/Solicitante: FAMILIA V&P KIKI'S S.L.

Abogado/a: Eva Salas Cabanes

Graduado/a Social: Parte recurrida: FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), Lorenza

Abogado/a: Vidal Masramon Carmona

Graduado/a Social:

SENTENCIA Nº 5582/2024

Ilmo. Sr. Fco Javier Sanz Marcos Ilma. Sra. Amparo Illan Teba Ilmo. Sr. Jesús Gómez Esteban

Barcelona, 17 de octubre de 2024

Ponente:Fco Javier Sanz Marcos

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclamación de cantidad, en la que el actor, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 14 de noviembre de 2023 que contenía el siguiente Fallo:

ESTIMAR PARCIALMENT la demanda interposada per la treballadora demandant Lorenza , dirigida contra l'empresa "FAMILIA V&P KIKI'S, SL" i contra el FOGASA, CONDEMNANT a l'empresa demandada a satisfer a la treballadora demandant la quantia salarial de 7.608'83 euros bruts, més els interessos de l'article 29.3 de l'Estatut. Respecte el FOGASA, procedeix la seva absolució, sense perjudici de les responsabilitats legals que en el seu cas li puguin correspondre.



SEGUNDO.-En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMER.- La demandant Lorenza , amb DNI NUM000 , va iniciar prestació de serveis per compte de l'empresa "FAMILIA V&P KIKI'S, SL", amb CIF B - 67432260 i amb domicili a Premià de Mar, en data 19 de juny de 2021, causant baixa voluntària en data 10 de juliol de 2022.

SEGON.- La treballadora ostentava inicialment la categoria d'ajudant de cambrer, sent-li reconeguda per l'empresa des del mes de gener de 2022 la categoria d'encarregada, amb un salari de conveni de 1.723'26 euros bruts al mes, amb inclusió de la prorrata de pagues extres, per una jornada de 40 hores a la setmana.

TERCER.- En finalitzar la relació laboral, l'empresa va liquidar a la treballadora, entre d'altres conceptes, el de vacances meritades i no gaudides, reconeixent al seu favor la quantia de 787'79 euros bruts pels 16 dies que va meritjar la treballadora durant el 2022. QUART.- La treballadora va prestar serveis els festius 24 de juny de 2021, 15 d'agost de 2021, 11 de setembre de 2021, 12 d'octubre de 2021, 1 de novembre de 2021, 6 de desembre de 2021, 8 de desembre de 2021, 25 de desembre de 2021, 26 de desembre de 2021, 6 de gener de 2022, 15 d'abril de 2022, 18 d'abril de 2022, 6 de juny de 2022, 24 de juny de 2022 i 29 de juny de 2022.

CINQUÈ.- Durant la relació laboral, la treballadora va prestar serveis un total de 617 hores i mitja nocturnes.

SISÈ.- Durant la relació laboral, la treballadora va prestar serveis un total de 601 hores i quart extres.

SETÈ.- L'empresa venia satisfent a la treballadora, des del mes de gener de 2022, el concepte "absorbible convenio".

VUITÈ.- En data 21 de novembre de 2022 es va intentar sense efecte la prèvia conciliació entre les parts, havent-se presentat papereta de conciliació en data 20 d'octubre de 2022 i demanda judicial en data 24 de novembre de 2022.

TERCERO.-Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado, impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Partiendo de que "(...) No ha estat discutida per les parts l'existència de relació laboral entre elles" (entre junio de 2021 y el 10 de julio de 2022; como tampoco la categoría, el convenio aplicable de hostelería y el salario), se examinan por el Magistrado de instancia los distintos conceptos retributivos a los que la reclamante asocia su pretensión; entre los que se encuentra la liquidación por vacaciones (en los términos que ofrece su fundamento jurídico tercero), la "reclamació per festius treballats...en 456,96 euros brutos" (fj cuarto), la "d'hores nocturnes" en el importe de 1.427,97 euros (cuyo legítimo devengo no podría verse efectivamente neutralizado por el concepto de nómina "absorbible convenio"). Y, finalmente, una "reclamació d'hores extres" respecto de la cual efectúa el Juzgador "diverses consideracions".

En función de lo *probado* en su sexto ordinal fáctico respecto a la realización de "un total de 601 horas i quart extres", destaca que los "testimonis aportats per la part demandant venen a confirmar els indicis de la realització d'hores extrés que deriven de les propies manifestacions de l'empresa, aunque manifiesta que si es feien es compensaven amb descans, ja que tots dos asseguren que la treballadora demandant prestaba serveis la majoria dels dies tant pel mati com per la tarda, quedant-se fins el tancament diari...que en temporada alta podía ser a la una o les dues de la matinada..."; y tampoco "es pot obviar (avanza el Juzgador en su razonamiento de condena) que a l'empresa se li va requerir l'aportació dels registres de jornada de la treballadora demandant que no aporta. Es por ello que, en aplicación al caso de lo previsto en los artículos 12.4.c, 5, 34.9 y 35 del Estatuto de los Trabajadores (en conjugada relación con el 217 de la LEc), "s'entén que l'incompliment per l'empresa de la seva obligació de registrar la jornada diària de la treballadora ha de dur a presumir també les hores de més treball de les degudes que es denuncian en la demanda, amb excepció de les 54...que es reclamen pel període comprés entre el 5 i el 18 de juny de 2021, en el que consta relació laboral".

SEGUNDO.- Recurre la empresa este desfavorable pronunciamiento (de condena) bajo un primer motivo de revisión fáctica dirigido a la modificación de los hechos cuarto y séptimo de la sentencia recurrida para relacionar los 8 días festivos trabajados por ésta (frente a los 15 consignados en el factum objeto de censura) y concretar el importe de lo satisfecho por el "concepto *absorbible convenio*" en la cantidad de 1345,40 euros. Propuestas que (en su conjunto) deben seguir la suerte adversa de su rechazo pues al venir sustentadas (respectivamente) en las "pruebas documentales" y en las "nominas de la actora aportadas a las actuaciones" no se da formal cumplimiento a la exigencia que impone el artículo 196.3 de la LRJS cuando (en su regulación del recurso extraordinario que examinamos) advierte sobre la necesidad de que se señale "de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento ... base del motivo...". Exigencia que



no satisface quien se limita a una genérica invocación de la prueba en que se apoya; lo que se manifiesta sin perjuicio de advertir sobre la obstativa (y concurrente) circunstancia procesal de no haber formulado la parte reproche jurídico-sustantivo singularmente dirigido a reiterar la operatividad de la compensación que sugiere en su propuesta.

TERCERO.- Ciñe ésta, en efecto, el cuarto motivo de su recurso (en conjugada referencia a la supresión que postula del hecho sexto acreditativo de las horas extras reclamadas) a denunciar la infracción del artículo 217 de la LEC al considerar que no se puede tener por acreditadas las mismas "por el mero dato negativo de la falta de aportación de elementos probatorios por parte de la empresa, sino que es necesario que la parte actora aporte **indicios de su realización**". Tras remitirse a la "jornada de trabajo" (de "40 horas semanales") prevista en el artículo 28 del Convenio autonómico del Sector Hostalero y al 35 de la Ley Sustantiva Laboral se recuerda que la "*ficta confessiodocumental* es **una facultad discrecional** del Juzgador y no una obligación...".

Bastaría con recordar el carácter extraordinario del recurso interpuesto, que obliga a la parte que lo formula a enfrentar la argumentación judicial de condena con la propia que efectúa en desarrollo de la "pertinencia" en derecho de su reproche jurídico-sustantivo (ex art. 196.2 LRJS); para advertir sobre la suerte adversa que debe seguir la censura así formulada pues, sin perjuicio de que la conclusión fáctica alcanzada por el Juzgador en favor de la realidad de las horas extras alegadas (por la actora en su documento 1) la obtenga de una irrevisable prueba testifical (críticamente valorada por éste en su sentencia), la propia resolución judicial ofrece (en los términos ya significados) "els indicis de surealització"; activando implícitamente (ante la falta de respuesta al requerimiento judicial de su aportación) la discrecional facultad referida a la *ficta documentatioa* que alude el artículo 94.2 de la LRJS al establecer que "**Los documentos y otros medios de obtener certeza sobre hechos relevantes que se encuentren en poder de las partes deberán aportarse al proceso si hubieran sido propuestos como medio de prueba por la parte contraria y admitida** ésta por el juez o tribunal o cuando éste haya requerido su aportación. **Si no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada**". Prueba que se expresaba como relevante a los efectos de aquella litigiosa acreditación al consistir en unos registros horarios de llevanza obligatoria por parte del empleador.

CUARTO.- El 8 de marzo de 2019 (día de su publicación en el BOE) entró en vigor el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo; norma que en el expositivo V de su Preamble expresamente se remite (como argumento favorable a su trasposición) a la interpretación que debe efectuarse de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, "relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (y que) se viene manteniendo desde las instituciones europeas, en concreto desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, en las conclusiones del Abogado General de 31 de enero de 2019 en el asunto C-55/18 en el que se cuestiona la adecuación de la legislación española sobre tiempo de trabajo a la citada Directiva, se afirmaba que la normativa europea impone "a las empresas la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva de los trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectivamente, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios, y se oponen a una normativa nacional de la que no resulta la existencia de esa obligación". De tal manera que "la creación del registro de jornada por el presente real decreto-ley asegura la conformidad de la normativa europea con el ordenamiento europeo"; en los términos que son los que, en definitiva, se recogen por la STSJE de 14 de mayo de 2019 dictada (por la Gran Sala) de conformidad con aquellas conclusiones que, y en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el auto de la Audiencia Nacional de de 19 de enero de 2018 , resuelve que "Los artículos 3 , 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 4, apartado 1 , 11, apartado 3 , y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 , relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador".

En cumplimiento de dicho mandato nuestro legislador modificó el párrafo 7 del mencionado artículo 34 para introducir una genérica referencia a las "(...) especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran"; adicionando un nuevo apartado (9) según el cual " La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el



horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo . Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada . La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social"

QUINTO.- Analizando una "situación" previa a la implementada obligatoriedad del registro horario advertía la Sala en su sentencia de 22 de junio de 2020 (por remisión a la del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017 - RCU 116/2017-) que "no habiéndose acreditado por el trabajador la realización de horas extras (ni aportado prueba alguna en relación a tal extremo), no puede presumirse que aquélla se produjo; **sin perjuicio de que, de haberse acreditado tal hecho, hubiese jugado en contra de las empleadoras, en aras a determinar el número de las realizadas, la ausencia de registro de las mismas** ...Tampoco procede tener a las demandadas por confesas en relación a la realización de horas extraordinarias por el actor, en aplicación del artículo 94.2 de la norma rituarial laboral (ficta confessio documental), además de por las razones expuestas (avanza la Sala en su razonamiento en singular relación a lo manifestado al respecto por la recurrente), por cuanto la doctrina de esta Sala es reiterada al determinar que ello constituye una facultad del/de la juzgador/a de instancia...".

Desde la fecha de entrada en vigor de aquel precepto, (advierte la sentencia de la Sala de 11 de junio de 2024, con cita de la de 25 de enero de 2023) "el hecho de no cumplir por el empresario su obligación registro horario supone , conforme a las reglas de la carga de la prueba (art. 217.7 LEC), la existencia de una presunción a favor de la persona trabajadora, considerándose suficiente que se aporte un indicio de prueba de la realización de las horas extraordinarias, correspondiendo a la empresa acreditar que no se hicieron en todo o en parte las horas extras reclamadas o que han sido debidamente compensadas con descansos" (criterio que reitera lo ya expresado en las de 17 de septiembre de 2021 y 9 de julio de 2024). De tal manera que aportados (como es el caso) tales "indicios" por parte del reclamante (que el juzgador valora en los términos ya referidos) la conclusión que se obtiene no puede razonablemente diferir de la alcanzada por éste en favor de la existencia y legitimidad del crédito retributivo que se postula por las horas extras realizadas.

En su examen del juicio de contradicción advierte el Auto del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2022 sobre la inexistencia de la misma porque mientras en un supuesto la empresa "no prueba de manera alguna" (como acontece en el supuesto de litis) el descanso compensatorio, en el que se dice contradictorio "la desestimación de la pretensión de horas extras del trabajador se basa en que no le es aplicable el régimen de registro horario de jornada del ET porque aún no había entrado en vigor y...por no probar el actor la base de su pretensión (art. 217.1 LEC)...".

SEXTO.- Sobre la base de lo así expuesto y razonado desestimamos (y en su integridad) el recurso interpuesto; lo que determina la expresa condena en costas de la Sociedad recurrente comprensivas de los honorarios del letrado impugnante en cuantía de 500 euros (art. 235 LRJ); decretándose la pérdida de la consignación y depósito efectuados por la misma.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa FAMILIA V&P KIKIS S.L. frente a la sentencia de 14 de noviembre de 2023 dictada por el Juzgado de lo Social 2 de Mataró en los autos 95472022, seguidos a instancia de D^a Lorenza y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL; en su integridad confirmamos la citada resolución. Con expresa imposición de costas a la recurrente en la señalada cuantía de 500 euros.

Se decreta la pérdida de la consignación y depósito efectuados por la misma; firme que sea la presente resolución.

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

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.



Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.