



Roj: **STSJ M 6489/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:6489**

Id Cendoj: **28079340012024100535**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2024**

Nº de Recurso: **1038/2023**

Nº de Resolución: **515/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

NIG: 28.079.00.4-2023/0033091

Procedimiento Recurso de Suplicación 1038/2023

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 45 de Madrid Procedimiento Ordinario 320/2023

Materia: Reclamación de Cantidad

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 1038/23

Sentencia número: 515/24

G.

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER

Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ASENJO PINILLA

Ilma. Sra. D^a. ÁNGELA MOSTAJO VEIGA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil veinticuatro, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 1038/23 formalizado por la representación letrada de Don Candido contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 45 de los de Madrid de 3 de octubre de 2022, en sus autos nº 320/2023,

seguidos por el recurrente frente a Don Cesar , siendo parte el FOGASA y Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO. - El actor ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa desde el día 8 de junio de 2015 con un contrato indefinido a tiempo parcial, con el grupo profesional de ayudante, y percibiendo un salario mensual de 881,96 euros, con la prorrata de pagas incluida, Obran a los Doc. nº 2 y 3 de la demanda Contrato de trabajo y Nómina, que se tienen por reproducidos.

SEGUNDO. - Con fecha 30 de NOVIEMBRE de 2022, la empresa notifica al actor la finalización del contrato de trabajo "por DECISION DE LOS PROPIETARIOS DE CERRAR EL NEGOCIO POR VENDER EL EDIFICIO DONDE SE ENCUENTRA EL HOSTAL"(Doc. nº 3 de la demanda). No consta que esta decisión se impugnara judicialmente.

TERCERO. - El Convenio Colectivo aplicable dispone: "Art. 17°. - Horas extras. - Se considera hora extraordinaria toda aquella que se realice sobre la duración máxima de la jornada semanal de trabajo establecida en el calendario laboral, (salvo en los casos expuestos en los artículos 14 y 15 del presente Convenio, dado el sistema de compensación pactado). Se entregará mensualmente a la representación legal de los trabajadores una relación firmada y sellada por la empresa, en la que se detalle el nombre del trabajador y número de horas extras realizadas por cada uno de ellos. En el caso de no existir representación legal de los trabajadores, se entregará dicha relación a cada trabajador afectado, en los mismos términos del párrafo anterior. Dichas horas se abonarán con un recargo del 100 por 100 sobre la hora ordinaria." "3.- Complementos de puesto de trabajo: Nocturnidad. - a) Las horas nocturnas durante el período comprendido entre las 10 horas de la noche y las seis de la mañana, tendrán una retribución específica incrementada con el 25 por 100 sobre el salario base reflejado en las tablas de este convenio, aplicando la siguiente fórmula para su cálculo: Incremento valor hora nocturna = SALARIO BASE x 25 % 4 x 40 b) En caso de que un trabajador preste sus servicios cinco o más horas en el período estipulado en el art. 36 del E.T, comprendido entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente, se considerará toda la jornada nocturna, a efectos de percibir el complemento de nocturnidad. c) Se respetarán las condiciones más beneficiosas que pudieran existir en la empresa en materia de abono de la nocturnidad. d) Se hace constar que en las tablas salariales del presente Convenio no se ha previsto ningún salario específico por trabajo de noche en ninguna categoría profesional. Conforme a lo indicado anteriormente, el importe de la hora extraordinaria ascendería a la cantidad de 20.18. euros -y hora extraordinaria nocturna ascendería a la cantidad de 24.90 euros.

CUARTO. - No se han acreditado la realización de las horas extras que se reclaman del periodo de 1.03.2022 a 30.11.2022.

QUINTO. - Obra al Doc. nº 2.1 ramo actora, libreta con registro de horas y al Doc. nº 2.2 certificado de empresa y Vida Laboral, que se tiene por reproducidos.

SEXTO. - La parte actora no ostenta cargo de representación de los trabajadores.

SEPTIMO. - Es de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de Hospedaje de la Comunidad de Madrid.

OCTAVO. - La empresa demandada no ha comparecido a la celebración de los actos de conciliación y juicio.

NOVENO. - Se ha intentado el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC en fecha de 21.01.2022 habiendo transcurrido más de 30 días sin celebrarse el acto.

DECIMO. - La demanda iniciadora de estas actuaciones se turnó a este Juzgado el día 11.04.2023 suplicando que se condene a la empresa demandada al pago de 67.036,12 euros por el CONCEPTO DE HORAS EXTRAS, más el 10% de interés de mora".

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

" Que desestimando la demanda interpuesta por Don Candido , contra la empresa Cesar absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra En cuanto a FOGASA, habrá de estar y pasar por esta declaración. "



CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 5 de diciembre de 2023 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se señaló el día 22 de mayo de 2024 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión sometida a debate en esta sede, tal como quedó delimitada ante el órgano judicial de primer grado, consiste en dirimir a quien corresponde la carga de la prueba de la realización de las horas extraordinarias y jornada nocturna reclamadas por el trabajador en el periodo 1-3-22 a 30-11-22.

SEGUNDO.- El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado de lo Social nº 45 de los de Madrid que, mediante sentencia de 3 de octubre de 2022, en sus autos nº 320/2023, ha desestimado la pretensión rectora del proceso en curso argumentando básicamente que :

" Del relato fáctico resulta que la parte actora no ha probado la realización de las horas extraordinarias que como tales reclama, se aporta como prueba documental una libreta con unos registros manuscritos por el propio actor sin firma ni sello de la empresa, en la que no existe coincidencia entre los datos que figuran en la misma y los que se recogen en el desglose de horas que se contienen en la demanda a los folios 13 a 17, lo que determina que incluso a efectos meramente dialécticos si se diera valor probatorio a estas anotaciones es imposible determinar el número de horas extras realizadas por el actor, sin que se considere de aplicación a este extremo "la ficta confesio" , y ello porque no hay otro soporte probatorio mínimo sobre los hechos de la demanda en relación a estas horas".

Para dar una adecuada respuesta a la cuestión suscitada es necesario efectuar algunas consideraciones previas: el empresario demandado no compareció al acto de la vista pese a estar debidamente citado y en la demanda rectora se solicitó por el asalariado se requiriera a la parte demandada para que aportase la hoja o registro de jornada en el periodo aquí reclamado, además de su interrogatorio a través del representante legal, prueba que fue admitida por auto de 26 de abril de 2023, y que, obviamente, al no asistir la empresa demandada a la vista oral no fue presentada.

El recurso del trabajador se compone de un exclusivo motivo por el cauce del " apartado b) y c) del art. 193 de la LRJS ", haciendo valer, en esencia, que si bien conforme a la doctrina judicial tradicional que indica la prueba sobre la realización de horas extraordinarias corresponde al trabajador no lo es menos que, más recientemente, los órganos judiciales atienden a la mayor facilidad probatoria que, de acuerdo con el art. 217.6 LEC, tiene la empresa para probar cual era el horario de sus trabajadores, de lo que es buena muestra la obligatoriedad de llevar a cabo un registro diario de la jornada de trabajo en los términos previstos en el artículo 35.5 ET, más aún con la reforma operada desde 2019, prueba que solicitó en su escrito de demanda, para que fuere aportado por la empresa, la cual no compareció al acto de juicio actuando en todo momento de mala fe, vulnerándose así el artículo 24 CE en el ejercicio del derecho de defensa.

En consecuencia, y bajo su punto de vista, cuando se pretenda la reclamación de horas extraordinarias habrá de diferenciarse entre aquellas que se realizan de forma esporádica y las que se realizan de forma habitual, como en el caso presente acontece, al tratarse de un único empleado realizando todas las funciones en un Hostal cuyo ciclo abarca las 24 horas, ubicado en la calle Petirrojo nº 34 de Madrid.

TERCERO.- Acotados los términos de la litis procede recordar que el actor ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa desde el día 8 de junio de 2015 con un contrato indefinido a tiempo parcial, con el grupo profesional de ayudante, y percibiendo un salario mensual de 881,96 euros, con la prorrata de pagas incluida, habiendo aportado a su ramo de prueba una libreta con registro de las horas que, a su entender, había realizado, expresando la hora de comienzo y finalización de la jornada en el periodo reclamado, mientras que la empresa no dio cumplimiento a la prueba de registro de jornada que le fue requerida.

Si bien la ficta confesio y la ficta documentación son facultativas y no preceptivas para el Juez de instancia ello es siempre en el marco de una denegación que no sea caprichosa o arbitraria por el órgano judicial.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª), núm. 588/2014, de 22 octubre, señala que:



"La *"ficta admissio"* [admisión ficticia] prevista en los arts. 304 y 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se configura, en consonancia con la doctrina jurisprudencial sobre la *"ficta confessio"* [confesión ficticia] sentada durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, como una facultad discrecional del juez, de uso tradicionalmente muy limitado.

Es una facultad del tribunal, no una regla de aplicación obligatoria, y precisa de la existencia de hechos relevantes para la decisión del litigio respecto de los que el interrogatorio de parte sea un medio adecuado de prueba. Pero esas características no suponen que su uso por el Juez, bien para aplicarla, bien para denegar su aplicación, pueda ser arbitrario. (...) Se trata de evitar que la falta de prueba de ciertos hechos por culpa de la postura obstruccionista de una de las partes le beneficie por la aplicación de las reglas de la carga de la prueba. Para ello se recurre a la ficción de una admisión tácita de tales hechos por la parte que no acudió al interrogatorio al que fue citada, lo que ha de engarzarse con la jurisprudencia, de origen constitucional, relativa a la obligación de colaboración de las partes en cuyo poder se encuentran las fuentes de la prueba, que se inició con la STC 7/1994, de 17 de enero".

CUARTO.- Las consideraciones que confluyen para justificar la estimación del reproche jurídico que dirige el Letrado del trabajador a la sentencia recaída en la instancia son estas:

A).- El asalariado ha aportado al juicio la única prueba de la que podía disponer, una libreta con el registro manual de las horas trabajadas, con mención a la hora de comienzo y terminación de cada jornada. Por el contrario la empresa no ha aportado la prueba básica, pertinente y decisiva que estaba a su disposición y a la que fue requerida por el Juzgado en orden a enervar el hecho constitutivo de la pretensión del actor, el registro de jornada en el periodo reclamado, y lo que no es admisible es que la conducta obstruccionista de la empresa, no compareciendo al juicio y no atendiendo al requerimiento, le beneficie, en perjuicio de los intereses del trabajador, al que no se le puede exigir más de lo que ha hecho.

B).- El empresario, a virtud del art. 35.5 del ET, tiene la obligación registrar día a día la jornada del trabajador y a totalizarla en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente, mientras que el art. 34.9 del ET obliga a la empresa a garantizar el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora.

C).- Si bien, con carácter general, corresponde a la parte demandante la carga de la prueba de la realización de las horas extraordinarias, para la determinación de las circunstancias en que aquellas se prestaron debe acudir a la regla de facilidad y disponibilidad de la carga probatoria, que corresponde a la empresa, (art. 217 de la LEC) toda vez que viene obligada a llevar su registro, (STS 22-07-2014, rec. 2129/2013). Esta carga de probar las horas extraordinarias no es utilizable como medio de defensa protector de la actitud meramente pasiva de la empresa, ya que si el empresario incumple su deber de aportar el resumen del registro de la jornada solicitado por el trabajador para acreditarlas, no se pueden depositar sobre el trabajador las consecuencias perniciosas de este incumplimiento, más aún si cabe cuando este actúa, como es el caso aquí enjuiciado, diligentemente, tratando de traer al proceso los instrumentos de prueba adecuados para la constatación de su pretensión.

D).- Nótese que la exigencia jurisprudencial de una prueba rigurosa y circunstanciada de las horas extras cede ante el desarrollo habitual de una jornada uniforme, en cuyo caso, basta con acreditar tal hecho para colegir también la habitualidad de la jornada extraordinaria (STS, 4ª, de 22-12-1992, rec. 40/1992), y en el caso presente, como ha quedado dicho, el actor basa su pretensión en que se ha visto sometido a jornadas constantes que rebasan la duración máxima de la jornada semanal marcada por el Convenio del Hospedaje de la Comunidad de Madrid, coincidiendo parcialmente con el horario nocturno.

E).- No es posible beneficiar la conducta obstruccionista de la empresa contra el legítimo derecho del trabajador, que se encuentra en una situación de desigualdad frente al empleador, a reclamar un mayor salario por el exceso de jornada. La doctrina constitucional (STC 44/1989, de 20 de febrero) tiene señalado que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del órgano judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas (por todas, SSTC 175/85, de 15 de Febrero; 141/2001, de 18 de junio, FJ 4; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 5, y 136/2007, de 4 de junio, FJ 2). Ahora bien, el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (STC 24/1990, de 15 de Febrero), lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones



de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano Judicial, tal como dispone el art. 97.2 LRJS.

F).- La acreditación del tiempo de trabajo a partir de la obligación de registro de la jornada de trabajo exigida por el art. 34.9 ET, ex Real Decreto Ley 8/2019, permite colegir que si el empresario no cumple con su obligación de registro horario ello supondrá, 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 la jornada completa, correspondiendo entonces a la empresa acreditar por el registro de jornada que ello no es así. La inexistencia de un registro de jornada por parte de la empresa supondrá una presunción a favor del trabajador de que efectivamente ha realizado la jornada que alega, mientras que en el supuesto de existencia de dicho registro de jornada deberá ser el trabajador el que acredite cumplidamente que ha realizado una jornada superior a la que figura en dicho registro.

A la luz de la doctrina expuesta, conforme a la cual la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se debe adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte, la tesis del trabajador merece favorable acogida.

G).- A ello uniremos que todas las cantidades aquí reclamadas son posteriores al 12 de mayo de 2019, en que entró en vigor el Real Decreto-Ley 8/2019 y origen directo del art. 34.9, del ET, que como acabamos de ver establece que la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y flexibilización de jornada, así como que la empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras.

H).- Tampoco hay que olvidar, y en línea con la sentencia de esta Sección 1ª de 23-9-23, recurso 100/2023, la génesis de esa norma, expuesta en el Apartado V, de su Exposición de Motivos. Y una de las citas allí incluida y además de la resolución de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 4-12-2015, es la todavía entonces no pronunciada, pero ya con informe favorable del Abogado General, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), del posterior 14-5-2019, asunto C-55/18, Resolución que vino a reconocer la infracción de los arts. 3, 5 y 6, de la Directiva 2003/88/CE, por parte de la: "... interpretación...adoptada por la jurisprudencia nacional...", en cuanto que: "... *no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador...*". Asimismo, el RDL viene a normativizar una cuestión en materia de "Jornada", y ahora todo lo que se debate tiene relación con la misma.

Por consiguiente, a la parte demandada correspondía la carga de la prueba sobre cuál era la jornada y horario que efectivamente el trabajador venía ejecutando, máxime teniendo en cuenta lo establecido en el art. 217.7, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Carga de la que ha hecho dejación al no aportar el registro de en el periodo reclamado.

En corolario, se impone estimar el recurso condenando a la parte demandada a que abone al actor la suma de 67.036,12 euros con más el 10% de intereses moratorios del art. 29.3 del ET, tal como se solicitó en el acto de la vista al ratificar la demanda.

Sin costas, dada la condición con que litiga el recurrente (art. 235 LRJS) y no haberse impugnado el recurso por la empresa.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación nº 1038/2023 interpuesto por la representación letrada de Don Candido contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 45 de los de Madrid de 3 de octubre de 2022, en sus autos nº 320/2023, seguidos por el recurrente frente a la empresa Cesar , que se revoca. En su lugar, estimando la demanda, condenamos a la parte demandada a que abone al actor la suma de 67.036,12 euro con más el 10% de intereses moratorios.

Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.



Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826-0000-00- 1038-23 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid, 28010 de Madrid,

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2826-0000-00- 1038-23.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.