



Roj: **STSJ CAT 3121/2022 - ECLI:ES:TSCAT:2022:3121**

Id Cendoj: **08019340012022101909**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **14/04/2022**

Nº de Recurso: **6963/2021**

Nº de Resolución: **2353/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08187 - 44 - 4 - 2020 - 8004306

MC

Recurso de Suplicación: 6963/2021

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 14 de abril de 2022

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. **2353/2022**

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Luis Enrique frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Sabadell de fecha 14 de abril de 2021 dictada en el procedimiento nº 96/2020 y siendo recurridos FONS DE GARANTIA SALARIAL, EGARA Y SOTANOR, SL, NEW DRY IMPERMEABILIZACIONES,SL, y MINISTERI FISCAL, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Carlos Hugo Preciado Domenech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclamación 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 abril de 2021 que contenía el siguiente Fallo:

" *ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Luis Enrique y condeno a Egara y Sotamor SL a abonar la cantidad de 10.336,69.-€ y condeno solidariamente a New Dry Impermeabilizaciones SL a abonar la cantidad de 3.500.-€, cantidades que procede incrementar en un 10% en concepto de interés por mora.*

Se condena a Egara y Sotamor SL a la satisfacción de los honorarios del Letrado del trabajador en cuantía que estimamos de 300 euros"



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

" PRIMERO.-, Luis Enrique con NIE nº NUM000 , cuyos datos y circunstancias personales figuran en el encabezamiento de la demanda, prestó servicios para la empresa EGARA Y SOTANOR, SL, dedicada a la actividad de construcción, como oficial 2ª, con antigüedad 14.12.2017 y salario bruto mensual de 2.117,26.-€, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias por prestación de servicio a tiempo completo.

(Doc. nº 1 ramo de prueba parte actora)

SEGUNDO.- En fecha 11.1.2020 el actor fue despedido y por Sentencia de Juzgado Social nº 2 de Sabadell de 26.2.2021 (autos 96/2020) se declaró la improcedencia del despido.

(Doc. nº 1 ramo de prueba parte actora).

TERCERO.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo de construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona 2017-2021 -código convenio núm. 08001065011994) BOPB 29.3.2019.

Tablas salariales para 2019 (BOPB 22.5.2019)

2019	salario base	plus convenio	plus transporte	gratíf. junio	gratíf. diciembre	vacaciones	total
oficial 2ª	10.476,32	6.799,01	1.649,33	1.974,45	1.974,45	1.974,45	24.848,01
horas extras	14,31						

horas extras (art. 24.3 CC): 14,31.-€ y 17,18.-€ cuando se trabaje en horario nocturno o festivos

Tablas salariales para 2020 (BOPB 4.12.2019)

2020	salario base	plus convenio	plus transporte	gratíf. junio	gratíf. diciembre	vacaciones	total
oficial 2ª	10.712,04	6.951,99	1.686,44	2.018,88	2.018,88	2.018,88	25.407,11

Horas extras (art. 24.3 CC): 14,64.-€ hora y 17,56.-€ hora cuando se trabaje en horario nocturno o festivos (hecho no controvertido)

CUARTO.- En periodo comprendido entre 1 de enero y enero de 2020 la empresa abonó al actor los siguientes importes:

mes	salario bruto	salario neto	abonado en cuenta
enero 2019	1.750,64.-€	1.583,01.-€	1.462.-€ (6.2.19)
febrero 2019	1.636,01	1.480.-€	1.350.-€ (7.3.19)
marzo 2019	1.681,95.-€	1.525,84.-€	1.215.-€ (29.4.19)
abril 2019	1.633,06.-€	1.480.-€	1.304.-€ (16.5.19)
mayo 2019	1.633,64.-€	1.480.-€	
junio 2019	1.633,06.-€	1.480.-€	1.282.-€ (2.7.19)
julio 2019	1.633,64.-€	1.480.-€	696.-€ (20.7.19) 1.350.-€ (6.8.19)
agosto 2019	1.633,64.-€	1.480.-€	1.297.-€ (11.9.19)
septiembre 2019			1.052.-€ (10.10.19)
octubre 2019			1.282.-€ (7.11.19)
noviembre 2019			1.500.-€(3.12.19.-€)
diciembre 2019			
Enero 2020			
Total	13.235,64.-€	11.988,85.-€	13.790.-€

(doc. nº 2 a 4 ramo de prueba parte actora)

QUINTO.- En marzo de 2019 el actor inició situación de incapacidad temporal sin que conste alta médica.

(Doc. nº 2 ramo de prueba parte actora)

SEXTO.- En los periodos de 2 a 19 de septiembre de 2019, de 20 a 29 de octubre y de 3 a 28 de noviembre de 2019 el actor prestó servicios en la contrata suscrita entre la empresa demandada y New Dry Impermeabilización SL,



restando pendiente de abono por el periodo trabajado la cantidad de 3.500.-€ netos -en concepto de diferencia salarial, parte proporcional de pagas extras y periodo vacacional-.

(hecho conforme)

SEPTIMO.- El actor promovió acto de conciliación por CANTIDAD ante el SEMAC en fecha 30.1.2020 cuyo acto tuvo lugar el día 4.3.2020 con el resultado de "sin avenencia".

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado, no lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora D. Luis Enrique interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 78/2021 del Juzgado de lo Social nº 3 de Sabadell, dictada el 14/04/2021 en los autos nº 96/2020, por la que se estima parcialmente la demanda promovida por D. Luis Enrique y condena a EGARA Y SOTANOR S.L a abonar la cantidad de 10.336,69€ y condena solidariamente a NEW DRY IMPERMEABILIZACIONES S.L, a abonar la cantidad de 3.500 €, cantidades que procede incrementar en un 10% en concepto de interés por mora. Así mismo, se condena a EGARA Y SOTANOR S.L a la satisfacción de los honorarios del letrado del trabajador en cuantía de 300 euros.

El recurso no ha sido impugnado.

SEGUNDO.- La recurrente, al amparo del art.193b) LRJS , pide la revisión de los hechos probados, concretamente del hecho probado quinto, del que pide la siguiente redacción alternativa:

"QUINTO.- en marzo de 2019 el actor inició situación de incapacidad temporal entre los días 03 a 05 de dicho mes"

Par ello se basa en el documento obrante al folio 70 de autos

Para que prospere la revisión del hecho probado deben concurrir los siguientes requisitos:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo (STS 4 octubre 2007)

-Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis

-Citar concretamente la prueba *documental o pericial* que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia -

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación. Valgan por todas las Sentencias de esta Sala números 7.421/93 de 29 de diciembre; 4.193/94, de 13 de julio y 964/95, de 11 de febrero.

Partiendo de todo ello, si bien es cierto que en la nómina del mes de marzo de 2019 (f.70), consta "Enfermedad 03/03 al 05/03", la recurrente no indica qué concreta trascendencia pueda tener la revisión fáctica a los efectos de modificar el fallo en el sentido que pretende, esto es, añadiendo a la cantidad de condena el importe de 505 horas extraordinarias, por un valor de 14,31 Euros, es decir, 7.226,55 euros. Por tanto, se desestima el motivo.

TERCERO.- El recurrente, al correcto amparo del art.193 c) LRJS afirma la infracción de las siguientes normas y jurisprudencia, en concreto del art.217, puntos 2, 3 y 7 LEC, arts.34.9 y 35.5 ET y art.43 CCol Construcción y Obras públicas de la Provincia de Barcelona, así como la doctrina que invoca y damos por reproducida.

La recurrente denuncia la infracción de tales preceptos porque considera, en síntesis, que la sentencia recurrida debió tener por acreditadas las horas extraordinarias en un total de 743 horas, con un valor de 17,18 €/h (12.764,74 euros), y subsidiariamente, en caso de no tenerse acreditadas, en aplicación del Convenio



Colectivo se acreditarían 505 horas extraordinarias por un valor de 14,31 euros, arrojarían un total de 7.226,55 euros.

En su demanda sostiene que en el período de 01/01/2019 a 04/12/2019 y de 27/12/2019 a 11/01/2020 (incl.) realizó sobre la jornada máxima ordinaria establecida en el contrato, una serie de horas extraordinarias, pues su horario de trabajo habitual era de Lunes viernes y Sábados alternos de 08 a 18 horas (con una hora para comer), es decir, 9 horas, excepto el sábado 11/01/2020 que realizó de 08 a 23 horas (con una hora para comer) -14 horas-.

La sentencia recurrida, considera en su FJ 4º que " (...), el actor no concreta en su demanda si el horario que indica en demanda se corresponde con tiempo efectivo de trabajo o incluye el tiempo de descanso para comer, siendo que además tampoco se aporta prueba, ni siquiera indiciaria, que permita apreciar la prestación de servicios en el horario que consta en su reclamación por lo que procede desestimar la reclamación por este concepto. "

Partiendo de cuanto queda expuesto, el motivo no puede prosperar. En primer lugar, porque la recurrente no pide la modificación de los hechos probados en el sentido de que en los mismos conste el contenido fáctico necesario para estimar la pretensión. En efecto, en el hecho quinto de la demanda detalla las horas extras debidas, desglosadas por meses, sin que dicho hecho tenga reflejo en la sentencia de instancia. Al no pedir en suplicación la modificación fáctica correspondiente el motivo debe, por ese motivo, ser desestimado.

En segundo lugar, no se aprecia la infracción de los preceptos que invoca la recurrente, ni con carácter principal, ni con carácter subsidiario, porque no ha quedado acreditado que cada día realizase 9 horas de trabajo efectivo.

En este sentido, del RD-Ley 8/2019 de 8 de marzo de 2019 y el art.12.4c) ET sobre control horario. Sostiene que se han infringido tal norma porque la actora requirió en el otrosí primero de la demanda para que las empresa codemandadas aportaran los registros horarios de la trabajadora, pero nunca fueron aportados, porque los mismos no se realizaban. De esta forma, argumenta, su jornada, a partir del 01/07/2019, fue a tiempo completo, por ser esta la presunción legal.

Se opone la impugnante, que considera que debe confirmarse la sentencia recurrida.

Dispone el art.34.9 ET en la redacción dada por el RD-ley 8/2019 de 8 de marzo, "*l a 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.

Dicha disposición está vigente, conforme a la DF 6ª del RD-Ley 8/2019, desde 12/05/2019.

En este sentido, tras entrada en vigor del RD Ley 8/2019 de 8 de marzo, con la nueva redacción dada al art. 34.9 del ET, así como la STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C- 55/2018 hay que tener en cuenta que " para garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y del derecho fundamental consagrado en el artículo 31, apartado 2 , de la Carta, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador".

La entrada en escena de esta nueva redacción legal ha llevado a la mayoría de los Tribunales Superiores a considerar que la doctrina jurisprudencial recogida -entre otras coincidentes- por la STS de 20 de diciembre de 2017 (RCUD 206/2006) según la cual la obligación de registro que impone el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) "se refiere exclusivamente a las horas extras ", se ha visto superada por la modificación de su artículo 34.

Por esa razón, a partir de 12/05/2019 **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 (entre otras STSJ Comunidad Valenciana 17 de noviembre de 2020),siendo también mayoritaria la postura que indica que tal modificación legal no puede proyectar sus efectos sobre situaciones previas a su entrada en vigor, ninguna



consecuencia jurídico-probatoria puede imputarse a la ausencia de un registro de jornada durante un período anterior a 12/05/2019.

En este sentido: STSJ de Cataluña 19 de octubre de 2020, rec. 1614/2020STSJ Castilla-León (Valladolid) de 25 de febrero 2021, Rec 92/ 2021, STSJ Comunidad Valenciana de 17.11.2020, rec. 3230/2019, y La Rioja de 22.10.2020, rec. 76/2020

Pues bien, partiendo de todo ello, como bien sostiene la sentencia recurrida, la ahora recurrente no aporta indicio alguno de realización de horas extraordinarias. La falta de aportación del registro horario antes de 12/05/19 no habría de tener efecto presuntivo alguno, y dicha falta de aportación, después de la indicada fecha, y sin elemento indiciario alguno. Hubiera resultado razonablemente accesible al trabajador la aportación de algún testigo u otro medio probatorio que constituyera indicio mínimo de realización de las horas extraordinarias en los términos que reclama, por lo que no podemos apreciar la vulneración del art.217 LEC, ni del resto de normas y doctrina que invoca la recurrente.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, que basa en los documentos obrantes a los f. 94 y 95, (calendarios laborales de la Construcción para los años 2019 y 2020) la misma choca con el obstáculo de que también carece del substrato fáctico preciso para estimarla, pues no se ha pedido la revisión de hechos probados en este punto. Por lo demás, de dichos documentos, unidos a las nóminas, que reflejan conceptos como el Plus Convenio y Plus transporte, que exigen el trabajo efectivo para su devengo, no resultaría la realización de horas extras.

Por tanto, no puede entrar en juego la presunción del art.34.9 ET, al no haber indicios de la realización de mayor jornada que la reconocida, y ello sin perjuicio de las consecuencias administrativo sancionadoras de la falta de registro de jornada, conforme al art. 7.1.5 LISOS.

CUARTO.- En cuanto a las costas, no procede su imposición, conforme la art.235 LRJS.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por D. Luis Enrique interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 78/2021 del Juzgado de lo Social nº 3 de Sabadell, dictada el 14/04/2021 en los autos nº 96/2020, que confirmamos en su totalidad.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

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 Nº 0965 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 Nº 0965 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.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ