



Roj: STSJ AR 1501/2018 - ECLI:ES:TSJAR:2018:1501

Id Cendoj: 50297340012018100394

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Zaragoza

Sección: 1

Fecha: 17/07/2018

Nº de Recurso: 420/2018

Nº de Resolución: 441/2018

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: MARIANO FUSTERO GALVE

Tipo de Resolución: Sentencia

000441/2018

**Rollo número 420/2018**

**Sentencia número 441/2018**

E.

**MAGISTRADOS ILMOS. Sres:**

**D. CESAR ARTURO DE TOMAS FANJUL**

**D. JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

**D. MARIANO FUSTERO GALVE**

En Zaragoza, a diecisiete de julio de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

### **S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación núm. 420 de 2018 (Autos núm. 299/2017), interpuesto por la parte demandante D. Segundo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Huesca, de fecha nueve abril del dos mil dieciocho ; siendo demandados GRÚAS HUESCA S.L y D. Simón , sobre reclamación de cantidad. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. MARIANO FUSTERO GALVE.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Segundo , contra Grúas Huesca SL y D. Simón , sobre reclamación de cantidad, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social de Huesca, de fecha nueve de abril del dos mil dieciocho , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que debo estimar y por ello ESTIMO PARCIALMENTE la demanda de RECLAMACIÓN DE CANTIDAD dirigida por Don Segundo contra la mercantil GRUAS HUESCA S.L. y contra el empresario Don Simón , condenando SOLIDARIAMENTE a éstos a abonar al trabajador las cantidades reclamadas por la aplicación del nuevo convenio a las que se allanó (100,00 € lineales y 19,00 € por diferencias salariales desde el 01/01/17 hasta la baja voluntaria), absolviéndolos del resto de pedimentos formulados en su contra".

**SEGUNDO** .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"PRIMERO.- El actor Don Segundo , ha prestado servicios laborales para la empresa demandada, "Grúas Huesca, S. L." y para el empresario demandado "Don Simón ", desde el 04/08/14 hasta el 09/02/17, con sendas jornadas laborales del 50%, con la categoría profesional de conductor, y salario de NOCONSTA por día, .



SEGUNDO.- El empresario demandado no ha abonado al trabajador ninguna cantidad por horas extra ni ninguna cantidad por vacaciones devengadas y no disfrutadas.

Tampoco ha abonado la cantidad de 100,00 € lineales por la firma del nuevo convenio y 19,00 € por diferencias salariales desde el 01/01/17 por la entrada en vigor del nuevo convenio.

TERCERO. - Resulta de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera de la Provincia de Huesca.

CUARTO.- Conciliación intentada sin efecto".

**TERCERO** .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por las parte demandadas.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda del trabajador pues solamente acoge unas diferencias salariales a las que los demandados se allanaron por las diferencias con el nuevo convenio de aplicación y desestima el importe principal reclamado por los conceptos de horas extras de 2016 y 2017 y guardias de esos dos años así como festivos de 2016 y vacaciones no disfrutadas. La actividad prestada por el recurrente es la de conductor de vehículo-grúa para la retirada de automóviles.

**SEGUNDO.-** Frente a esta decisión formula la representación letrada del actor con fundamento procesal en el art. 193.a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el primer motivo de impugnación, interesando la reposición de los autos al momento del señalamiento del juicio por infracción de los arts. 75.1 y 94.2 de la LRJS y del art. 24 CE por la ausencia de pronunciamiento sobre la prueba solicitada, admitida y no aportada por la parte demandada consistente en la relación de todos los servicios prestados por el actor para las dos codemandadas entre el 1-1-16 y el 9-2-17 y copia de los albaranes entregados a las dos empresas por el actor en ese periodo, e interesa que deba darse a los codemandados por confesos en aplicación del art. 94.2 de LRJS.

Al respecto es constante la doctrina jurisprudencial que declara que la nulidad de resoluciones judiciales es una medida excepcional, contraria al principio de economía procesal, propio del proceso laboral que solo debe acordarse cuando se produce efectiva y material indefensión, mermando las posibilidades de defensa de la parte que la pretende ( SSTS de 19-2-91 [ RJ 1991, 851 ]; 2-3-92 [ RJ 1992, 1611 ] y 7-3-96 . Para acceder a la nulidad de actuaciones, lo que debe acreditar el recurrente es que se le privó de practicar alguna prueba tendente a la justificación de lo que pretende, o que la práctica de alguna de ellas, se hizo sin atender a los principios de contradicción y defensa, garantizados en el ordenamiento procesal laboral o que la sentencia omite el pronunciamiento sobre alguno de los puntos litigiosos.

En relación a este primer motivo de suplicación la sentencia de 14-12-2017 del TSJ Andalucía (Sevilla), Rec. 3820/2016 establece lo siguiente: *Respecto a la nulidad de actuaciones se ha pronunciado la Sala IV del Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, en sintonía con la doctrina que sobre tal cuestión viene manteniendo el Tribunal Constitucional y lo ha hecho, entre otras en sentencia de 24 de septiembre de 2012 o en la más reciente de 9-de marzo de 2015, en el sentido siguiente:*

*"El mismo Tribunal Constitucional y esta Sala (entre otras, en sentencias de 30/1/04, Rjud. 3221/02 y de 3/10/06, Rjud. 146/05) han declarado que la nulidad de actuaciones constituye una medida excepcional que debe quedar reservada para casos extremos de una total indefensión, de modo que no basta que se produzca una vulneración de normas procesales sino que es preciso que ello haya determinado una indefensión material a la parte que la invoca, ya que la nulidad no deriva de cualquier infracción o vulneración de normas procesales sino de que esta vulneración le haya producido al interesado un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa. Como dice el Auto del TC 3/1996, de 15 de enero "Para que las irregularidades procesales produzcan el radical efecto de nulidad de actuaciones es preciso que..... la indefensión que produzcan ha de ser material y efectiva y no simplemente posible", es decir, que el citado defecto haya causado un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa ( STC 43/1989 ) pues el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos con cualquier infracción de normas procesales".*

*Así pues, para que la nulidad de las actuaciones prevista en la letra a) del artículo 193 LRJS pueda ser acordada es necesario que concurran los siguientes requisitos: que se infrinjan normas o garantías del procedimiento y se cite por el recurrente la norma que estime violada; que esa infracción haya producido indefensión - STC.158/89 - y que se haya formulado protesta en tiempo y forma pidiendo la subsanación de la falta, salvo que no haya sido posible realizarla.*



*Se trata de una actuación excepcional establecida para supuestos igualmente especiales de sentencias o actos judiciales y fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o carezcan de los requisitos mínimos necesarios para causar su fin ( SSTS de 18-6-2001 (Rec.- 2766/00 ) y 23-5- 2003 (Rec.- 4/2002 ), entre otras.*

*Y dicha nulidad ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que solo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales, y en todo caso, se exige que la infracción alegada haya causado a la parte una verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retroacción de actuaciones.*

Dicho lo anterior, ciertamente y como viene recordando el Tribunal Constitucional, en el contexto del art. 24.1 CE la indefensión es una noción material que se caracteriza por entrañar una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, así como un menoscabo de los principios de contradicción y de igualdad procesal de las partes, que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales [ SSTC 48/1984 , 70/1984 , 48/1986 , 89/1986 y 12/1987 ]

Como manifiesta la sentencia del TSJ Cantabria de 29-6-2007 " Desde la perspectiva analizada por el TC, el art. 24 CE no establece "cómo han de valorarse las pruebas aportadas a los juicios, ni mucho menos, qué elementos de convicción deben pesar más a la hora de solucionar un determinado litigio" ( ATC 223/1988 , f. j. 3º). Siendo lo protegido, un proceso con todas las garantías incluye el derecho del justiciable de aportar los medios de prueba que se consideren pertinentes, esto es, precisamente, lo que aquí resulta acreditado en la instancia, pero si "la valoración de esas pruebas corresponde en exclusiva al órgano judicial", y no al Tribunal Constitucional, tampoco el extraordinario recurso de suplicación formulado garantiza un nuevo análisis del conjunto de actividad probatorio, y en particular, del resultado de la prueba documental y testifical, ya valoradas en la instancia..."

Lo que pretende el recurrente es en definitiva una nueva valoración de los medios de prueba, de los aportados, y los no aportados por la empresa demandada, haciendo uso de una facultad que solo corresponde al Juzgador, al amparo del art. 94.2 de LRJS , pues corresponde al Juez de instancia valorar si pueden entenderse por probadas las alegaciones hechas por la parte contraria en relación a la prueba acordada. La sentencia no llega a esta conclusión, expresamente efectuada en el acto del juicio, y no puede alcanzarse el resultado de la nulidad de lo actuado cuando no existe vulneración alguna del derecho de defensa de la parte actora, que sí ha podido proponer los medios de prueba precisos para su defensa, incluso la petición de prueba documental de la contraparte, cuya no aportación en los exactos términos interesados no da lugar a nulidad alguna, pues la ley procesal prevé las consecuencias precisas de tal omisión, dejando la opción al Juzgador de estimar probadas las alegaciones que eran el objeto de tal prueba, lo que aquí no se ha considerado pertinente a la vista del contenido de la sentencia, sin que por ello exista ni infracción de norma del procedimiento ni haya ocasionado indefensión por lo que el motivo se desestima.

**TERCERO.** - En el motivo segundo interesada una concreción sobre los contratos suscritos por el trabajador, que son dos contratos a tiempo parcial para ambos codemandados al 50% de la jornada cada uno de ellos, pretendiendo añadir que ninguno de ellos contemplaba la realización de horas complementarias, sin embargo tal adición resulta intrascendente al objeto de la resolución del litigio, se está pidiendo la adición de un hecho negativo y una consideración jurídica sobre el contenido de un contrato, que queda al margen del objeto de una revisión fáctica.

**CUARTO.**- En el motivo tercero del recurso se pretende corregir un error aritmético en la sentencia, sin mayor trascendencia, error que concurre y debe ser corregido puesto que al reclamar la parte demandante 90,50 euros, por cada una de las dos empresas demandadas por vacaciones devengadas, más 100 euros por la firma del nuevo convenio y 19 euros de diferencia salarial, son 300 euros los que se reclaman por estos conceptos y así resulta de su suma (90,50 +90,50 + 100 +19).

**QUINTO.**- Los motivos 4º y 5º pueden deben ser objeto de examen conjunto pues el segundo motivo es consecuencia de la infracción jurídica que se denuncia en el primero en concreto de los arts. 2.1 y 2.2 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 su interpretación en sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2018 (C-518/15), asunto Matzak .

Sostiene en esencia el recurrente que ha realizado periodos de guardia de 24 horas en los que debe permanecer en su domicilio a la espera de que se produzca el incidente (avería, accidente de cualquier coche asegurado) debiendo permanecer accesible permanentemente sin estar presente en el lugar de trabajo, con clara limitación geográfica y temporal pues ha de responder inmediatamente y en condiciones óptimas y sostiene que deben ser abonadas estas 24 horas de guardia a 7,70 euros la hora como tiempo de trabajo efectivo.



Para la resolución de esta cuestión transcribimos en su totalidad la respuesta del TJUE a la cuarta cuestión prejudicial planteada:

4) ¿Se opone la Directiva 2003/88 [...] a que el período de guardia domiciliaria se considere tiempo de trabajo cuando, aunque la guardia se desarrolle en el domicilio del trabajador, las obligaciones que recaen sobre él durante la guardia (como la obligación de responder a las llamadas del empresario en un plazo de ocho minutos) limitan significativamente la posibilidad de realizar otras actividades?"

(...)

53

Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse "tiempo de trabajo".

54

*A este respecto, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de la calificación del tiempo de guardia como "tiempo de trabajo" o "período de descanso", en lo que se refiere a los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la 2003/88.*

55

En este contexto, el Tribunal de Justicia ha precisado, en primer lugar, que los conceptos de "tiempo de trabajo" y de "período de descanso" se excluyen mutuamente (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000, 234) , Simap, C-303/98, apartado 47 , y de 10 de septiembre de 2015 ( TJCE 2015, 205) , Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C-266/14 , EU:C:2015:578 , apartado 26 y jurisprudencia citada). Así pues, debe señalarse que, en el estado actual del Derecho de la Unión, el tiempo de guardia que un trabajador pasa en el marco de las actividades que realiza para su empresario debe calificarse, bien de "tiempo de trabajo", bien de "período de descanso".

56

*Además, entre los elementos característicos del concepto de "tiempo de trabajo" en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2003/88 (LCEur 2003, 3868) no figuran la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste ( sentencia de 1 de diciembre de 2005 (TJCE 2005, 361) , Dellas y otros, C-14/04 , apartado 43).*

57

*En segundo lugar, se ha declarado que la presencia física y la disponibilidad del trabajador en el lugar de trabajo, durante el período de guardia, a los efectos de prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones, aun cuando la actividad efectivamente desempeñada varíe según las circunstancias (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000, 234) , Simap, C-303/98 , apartado 48).*

58

*En efecto, excluir del concepto de "tiempo de trabajo" el período de guardia en régimen de presencia física equivaldría a poner en peligro el objetivo de la Directiva 2003/88 , que es garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores, de manera que puedan disfrutar de períodos mínimos de descanso y de períodos de pausa adecuados (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000, 234) , Simap, C-303/98 , EU:C:2000:528 , apartado 49).*

59

*Por otro lado, de la jurisprudencia de Tribunal de Justicia se desprende que el factor determinante para la calificación de "tiempo de trabajo", en el sentido de la Directiva 2003/88 , es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. En efecto, estas obligaciones, que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones (véanse, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 250) , Jaeger, C-151/02 , apartado 63, y el auto de 4 de marzo de 2011, Grigore, C-258/10 , no publicado, apartado 53 y jurisprudencia citada).*



60

Finalmente, debe señalarse que no ocurre lo mismo en la situación en la que el trabajador efectúa una guardia según el sistema de guardia localizada, que implica que esté accesible permanentemente sin no obstante deber estar presente en el lugar de trabajo. En efecto, aunque esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable, en esta situación el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales. En estas circunstancias, sólo debe considerarse "tiempo de trabajo" en el sentido de la Directiva 2003/88 el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 250), Jaeger, C-151/02, apartado 65 y jurisprudencia citada).

61

En el asunto principal, según la información a disposición del Tribunal de Justicia, que el órgano jurisdiccional remitente deberá comprobar, el Sr. Jesús Luis no sólo debía estar localizable durante sus tiempos de guardia. Por una parte, debía responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos y, por otra parte, estaba obligado a estar presente físicamente en el lugar determinado por el empresario. Sin embargo, este lugar era el domicilio del Sr. Jesús Luis y no su lugar de trabajo, como sucedía en los asuntos que dieron lugar a la jurisprudencia citada en los apartados 57 a 59 de la presente sentencia.

62

A este respecto, es preciso recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los conceptos de "tiempo de trabajo" y de "período de descanso", en el sentido de la Directiva 2003/88, constituyen conceptos de Derecho de la Unión que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores (sentencia de 10 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 205), Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C-266/14, , apartado 27).

63

Pues bien, la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Jesús Luis de dedicarse a sus intereses personales y sociales.

64

Habida cuenta de tales limitaciones, la situación del Sr. Jesús Luis se distingue de la de un trabajador que, durante su servicio de guardia, simplemente debe estar a disposición de su empresario a los efectos de que éste pueda localizarle.

65

En estas circunstancias, el concepto de "tiempo de trabajo", establecido en el artículo 2 de la Directiva 2003/88, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación en la que un trabajador tiene **la obligación de permanecer en su domicilio durante el período de guardia, de estar a la disposición del empresario y de poder presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos.**

66

De todo lo anterior resulta que procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse "tiempo de trabajo".

La diferencia del supuesto abordado en la sentencia del Caso Jesús Luis y el que nos ocupa es evidente por cuanto no consta en la sentencia un régimen de sujeción temporal y geográfica del recurrente al empresario tan estricto como el del bombero del servicio de emergencias del Ayuntamiento de Nivelles (Bélgica). No consta acreditado qué tiempo de reacción se le exige al recurrente, ni consta acreditado que debiera permanecer durante la guardia en su domicilio o en otro lugar, o si tenía libertad de movimientos. Las condiciones de sujeción del demandante respecto a su empresa en el periodo de guardia no son las equivalentes a la sentencia del TJUE de 21-2-2018 (asunto Jesús Luis ) jurisprudencia que se denuncia como infringida. Si no concurre la identidad de razón que da lugar al derecho a la percepción de retribución durante toda la guardia de disponibilidad la pretensión principal de abono de tal periodo de 24 horas en su integridad como si de trabajo efectivo se tratase debe decaer porque claramente los supuestos comparados no guardan similitud, razón por la que el motivo debe ser desestimado.



**SEXTO.-** En el último motivo del recurso la parte actora invoca infracción del art. 58.3 del ET que establece que *"No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber"*.

La propia sentencia considera como hecho probado segundo que el empresario no ha abonado al trabajador ninguna cantidad en concepto de vacaciones, sin embargo admite la compensación por absentismo que propone la parte demandada. Tal compensación constituye en realidad un comportamiento unilateral, ajeno a todo régimen regulador de la materia de las vacaciones anuales, que vulnera lo dispuesto en el precepto transcrito. La empresa pudo, en su caso, haber sancionado los días que reputaba como no trabajados, pero no está capacitada para descontar del descanso anual día alguno, a modo de sanción, lo cual está expresamente vedado, por lo que el recurso ha de ser estimado en este extremo, lo que da lugar a la estimación parcial del recurso con condena a la empresa al pago de la cantidad reclamada de 181 euros en total, más el interés del art. 29.3 del ET .

## FALLO

Que estimando en parte el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Segundo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Huesca de 9 de Abril de 2018 , debemos revocar parcialmente la misma y se reconoce el derecho del actor a percibir de las demandadas GRÚAS HUESCA S.L. y Simón la cantidad de 181 euros por el concepto de vacaciones no disfrutadas, más el recargo por demora del 10%, confirmando la sentencia en cuanto a los demás extremos.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.
- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.
- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

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