



Roj: **STSJ CAT 5936/2013 - ECLI:ES:Tsjcat:2013:5936**

Id Cendoj: **08019340012013104145**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2013**

Nº de Recurso: **1278/2013**

Nº de Resolución: **3981/2013**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MARTIN ABELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2010 - 0018508

F.S.

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMA. SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA

En Barcelona a 5 de junio de 2013

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 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. 3981/2013

En el recurso de suplicación interpuesto por Casiano frente a la Sentencia del Juzgado Social 24 Barcelona de fecha 16 de noviembre de 2011 dictada en el procedimiento Demandas nº 998/2010 y siendo recurrido/a Fundacio de L'Auditori i Orquesta y Orquesta Sinfonica de Barcelona y Nacional de Cataluña. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. MARIA PILAR MARTIN ABELLA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28-10-10 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 16 de noviembre de 2011 que contenía el siguiente Fallo:

Desestimando la demanda formulada por D. Casiano , frente a la empresa FUNDACIÓ DE L'AUDITORI I L'ORQUESTRA y CONSORCI DE L'AUDITORI I L'ORQUESTRA SIMFÒNICA DE BARCELONA I NACIONAL DE CATALUNUYA en reclamación de cantidad, absuelvo a los demandados de los pedimentos en su contra formulados.

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

PRIMERO.- La parte actora D. Casiano , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 , ha venido prestando servicios para las empresas demandadas con antigüedad desde el 1-01-03, con la categoría profesional de Técnico de



sonido y salario de 2.510,73 euros mensuales brutos, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias. (No controvertido)

SEGUNDO.- La sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de los de Barcelona dictó sentencia en fecha 25-06-10 en la que se reconoce que el actor tenía una relación laboral con las demandadas con las circunstancias que se detallan en el anterior hecho probado y considerando que la decisión empresarial de 05-11-09 de prescindir de los servicios del actor era un despido que debía ser declarado improcedente. La sentencia fue recurrida en suplicación y confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12-04-11 . (Sentencias aportada por las partes).

TERCERO.- Por auto del Juzgado de lo Social nº 8 de fecha 13-07-10 teniendo por ejercitada la opción de la empresa por la indemnización y fijando la suma de 26.048,82 euros en concepto de indemnización y 7.699,57 euros en concepto de salarios de tramitación. (Auto aportado por la parte actora).

CUARTO.- El actor, antes de la declaración de la existencia de relación laboral facturaba por todos sus servicios, en todas las facturas que iba presentando consta el sello de la empresa y la validación del "Cap Tècnic". (Facturas aportadas por la parte demandada).

QUINTO.- El actor reclama el importe de la factura nº NUM001 presentada en la demandada en fecha 05-02-10 (en la que consta la misma fecha de emisión), por importe de 824,67 euros, asimismo, respecto del período 1-01-09 a 5-11-09: la parte proporcional de vacaciones, de paga extra de Navidad, de abril y de junio, por importes las tres primeras de 1.701,72 euros cada una y de 647,43 euros la última. (Manifestaciones del actor en la demanda).

SEXTO.- La parte actora ha presentado la preceptiva reclamación previa que ha sido desestimada. (Acta de conciliación obrante en las actuaciones).

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 dió traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Contra la sentencia de instancia se alza el letrado de Casiano invocando como primer motivo , de conformidad con lo dispuesto en el art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral (por error se cita la LRJS, siendo aquella aplicable por haberse dictado la sentencia impugnada con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, de conformidad con la disposición Transitoria Segunda de la LRJS), la infracción del art. 31 del RDL 1/1995, de 24 de marzo , en relación con el art. 3.b) y art. 5 de la Norma Paccional Colectiva de aplicación publicada en el DOGC nº 2598 de 13 de marzo de 1998, Convenio Colectivo del Personal Laboral del Consorci de L'Auditori i L'Orquestra i l'Entitat Autònoma de L'Orquestra Simfònica de Barcelona i nacional de Catalunya e infracción del art. 217 de la LEC .

La recurrente manifiesta que acreditada la existencia de relación laboral entre el actor y la demandada y no siendo posible el prorrateo del abono de pagas extraordinarias según el convenio aplicable, el actor debe percibirlos. No se puede exigir al actor la prueba de un hecho negativo de no haber cobrado las nóminas, sino que es la empresa la que debe acreditar haber efectuado el pago, lo que no ha hecho.

Sobre la cuestión planteada, debemos decir que asiste razón a la recurrente en cuanto a que existe infracción del art. 217 de la LEC en la sentencia (ya que achaca al actor falta de prueba al no haber aportado prueba de haber cobrado menos en el período) pues en caso de reclamación de salarios es doctrina unánime que el reclamante viene obligado a demostrar la relación laboral, la prestación de servicios cuyo pago reclama y, en consecuencia, el devengo del salario correspondiente a los mismos, y es al demandado que excepciona el pago, a quien incumbe la carga de probar dicho pago. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de mayo de 1.986 : "si bien es cierto que conforme dispone el art. 1214 CC incumbe la prueba de la extinción de las obligaciones a quien la opone, no lo es menos que también corresponde la carga de la prueba de una obligación al que reclama su cumplimiento, es decir, al demandante le incumbe la prueba de los hechos en que funda su demanda y que son normalmente constitutivos del derecho que reclama"; o en la de 2 de marzo de 1.992: "Admitida la identidad de situación de los litigantes y la sustancial igualdad de los hechos, los fundamentos y las pretensiones que se contienen en los respectivos procesos y que se reflejan en las sentencias, se advierte que en todas ellas se sienta la doctrina de que el art. 1214 CC impone al actor la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los impeditivos o extintivos de la misma; que la aplicación de este principio a la reclamación de pago de cantidad por salarios devengados y no percibidos determina que el reclamante venga obligado a demostrar la prestación de los servicios cuyo



pago reclama y, en consecuencia, el devengo del salario correspondiente a los mismos, y que es al demandado, que excepciona el pago, al que incumbirá la carga de probar dicho pago.

No obstante, consta en la sentencia que la empresa aportó las facturas abonadas al actor en el período reclamado y que de éstas se desprende que el actor cobró más dinero del que le hubiera correspondido de haber sido retribuido como trabajador por cuenta ajena - no puede olvidarse que el art. 26.1 considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo- por lo que no podemos estimar que la empresa deba ningún concepto al actor en calidad de pagas extraordinarias. El motivo debe fracasar.

SEGUNDO .- Se alega como segundo motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, la infracción del art. 38.1 del RDL 1/1995, de 24 de marzo, en relación con los artículos 3 y 12 del Convenio n 132 de la OIT relativo a las vacaciones anuales pagadas adoptado en la quincuagésima cuarta reunión celebrada el 24 de junio de 1970, ratificado por España el 16 de junio de 1972, mediante instrumento publicado en el BOE 160/1974, de 5 de julio y nº 1 y 2 del art. 7 de la Directriz 2003/88/CEE de 4 de noviembre de 2003 del Parlamento Europeo y del Consejo.

En concreto, la recurrente considera que el actor no había disfrutado las vacaciones, no siéndole a él quien incumbe el onus probando, y no pudiéndose entender que entre las retribuciones del año 2009 se incluyan las vacaciones, pues la compensación económica del derecho a vacar se prohíbe en el nº 2 del art. 7 de la Directriz 2003/88/CEE, de 4 de noviembre de 2003 del Parlamento Europeo y del Consejo y el nº 1 del art. 38 del TRLET así como la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, contenida en la sentencia de 16 de marzo de 2006, C-131/04. La empresa no acredita que el actor hubiera realizado las vacaciones del año 2009 ni que en el trance del despido hubiera indemnizado al trabajador por el período de las vacaciones no disfrutadas devengadas durante el año 2009, por lo que la retribución por dichas vacaciones debe ser estimada.

Pues bien, respecto a dicha cuestión, debemos decir que es a la empresa, una vez que el trabajador niega la realización de las vacaciones, a quien incumbe la carga de acreditar que aquél ha realizado las vacaciones, pues es la que tiene mayor facilidad probatoria. Así, ha venido a proclamar Tanto *la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de enero de 2.007)* como la doctrina de Tribunales Superiores de Justicia, han venido señalando, que incumbe a la parte demandante la *carga de la prueba* de los hechos en que basa su pretensión, por ser tales hechos constitutivos de la misma, en aplicación del principio recogido en artículo en el antiguo *artículo 1.214 del Código Civil*, hoy sustituido por el *artículo 217.2 de la Ley 1/2000*, conforme al cual, corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Dicha *sentencia se remite a la de la propia Sala de 7 de marzo de 2.003*, con cita de una anterior de 11 de febrero del propio año señalando que "El principio sobre *carga de la prueba* contenido en el *art. 1214 del Código Civil* ha sido interpretado, por la más reciente doctrina, en el sentido de que cada parte ha de acreditar los presupuestos básicos de la norma cuya aplicación invoca. Sin embargo, siendo así que las normas sobre *carga de la prueba* tienen un carácter subsidiario para cuando hay falta de prueba y el principio de buena fe que ha de darse en la relación procesal, una doctrina jurisprudencial de antiguo, matizó el principio en el sentido de imponer la carga de probar en razón a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba, en este sentido *las Sentencias del Tribunal Supremo de 21-4-1983, 16-12-1985 y 11-11-1986*, entre otras, señalaban como el principio del *artículo 1214 del Código Civil* se modera atendiendo a la posición de las partes en el proceso y a la afirmación o negación por ellas de situaciones fácticas relevantes en su desarrollo, en relación con su posición real a las fuentes de la prueba, con la mayor o menor dificultad de acreditar los hechos y con la calificación de hechos constitutivos, impeditivos o extintivos de la relación jurídica en el debate, flexibilizando así dicho principio que no puede aceptarse en términos absolutos, y aceptando, en ciertas circunstancias la inversión de la *carga de la prueba*.

La empresa alega que el actor ha realizado las vacaciones y se remite al folio 90 de los autos y al 88 y 89, pero de tales folios no se infiere que el actor no haya realizado las vacaciones, pues lo único que consta en estos últimos es la programación de las actividades por temporada - pero no que el Auditor cierre en época de verano y que ningún trabajador de ningún grupo profesional preste servicios en esa temporada (incluido el actor que es técnico de sonido)-, ni se infiere del primero sus afirmaciones pues lo único que se hace constar es que se podrán disfrutar de 31 días naturales de vacaciones en período del 3 de agosto al 2 de septiembre, pero no que el actor hubiera disfrutado de las vacaciones en dicho período pues fácilmente pudo haber aportado la solicitud del mismo tramitada a los Directores/Jefes de Depart. De RRHH, tal y como consta indicado en aquel escrito, lo que no ha hecho.

La recurrente solicita el abono de los días de vacaciones no disfrutadas.



El derecho a las vacaciones anuales, apuntado por el artículo 40.2 de la Constitución, y regulado por el artículo 38 del Estatuto de los trabajadores, convenios colectivos aplicables, y Convenio número 132 de la O. I. T., atiende, conforme a reiterada Jurisprudencia, a la finalidad de "procurar al trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral, así como un tiempo de esparcimiento o desalienación", finalidad que lleva consigo que "su disfrute específico no pueda sustituirse por compensación económica, salvo en supuestos en que el contrato de trabajo se hubiera extinguido con anterioridad a la fecha fijada para el período vacacional, generándose en tal caso derecho a la correspondiente compensación, proporcional al tiempo de prestación de servicios en el año de referencia"; todo ello sin perjuicio de los supuestos en que no hubieran podido ser disfrutadas a consecuencia de incapacidad temporal del trabajador (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1.995, 30 de abril de 1.996, y 12 de junio de 2.012, entre otras). En suma, tal como ha determinado la doctrina jurisprudencial, si el trabajador no hace uso de la vacación dentro del año natural, no sólo pierde el derecho a disfrutarla en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resulta posible percibir una remuneración dineraria a cambio de la falta de disfrute, caducando aquel derecho cada 31 de diciembre; exceptuándose los "supuestos en que la relación laboral finalice antes de que el trabajador haya tenido ocasión de hacer uso del derecho al descanso anual, en que, ante la imposibilidad de hacer efectiva "in natura" la facultad de vacar por causa no atribuible a la voluntad del operario, debe concederse a éste el derecho la correspondiente compensación económica" (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2.003).

La recurrente considera que no podemos entender que entre las remuneraciones abonadas por la empresa esté lo correspondiente al concepto de vacaciones no disfrutadas devengadas en el año 2009. Consta que por el período mencionado hasta que el trabajador fue objeto de despido el 5-11-09 al actor le correspondía percibir 25.174,7 euros (según salario diario declarado en sentencia del juzgado social nº 8 de Barcelona por 305 días trabajados) constando que al actor le han abonado 25.524,47 euros. La actora reclamaba en la demanda 1.701,72 euros por los días que le correspondían por vacaciones en relación al período trabajado, cantidad que sumada a los 25.174,7 euros - salario con prorrata de extras -percibidos, nos daría un total de 26.876,42 euros, y habiendo abonado la empresa una cantidad inferior (25.524,47 e), la diferencia entre ambas cantidades es la que la empresa debe al actor en concepto de vacaciones no disfrutadas, esto es, 1.351,95 euros.

Respecto al interés por mora que también reclama la recurrente, cabe decir que el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 6-11-2006 establece que "La sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 15 de marzo del 2005 (recurso nº 4460/2003) ha seguido el criterio mantenido por nuestra Sentencia de 15 de Junio de 1999 (Recurso 1938/98), en cuyo tercer fundamento se razona que "es doctrina constante de esta Sala en interpretación y aplicación del citado precepto estatutario, sentada en la sentencia de contraste de 14-10-85 (dictada en interés de ley y en relación con el art. 29.3 de la Ley 8/80 de 10 de Marzo, pero con doctrina aplicable igualmente en casación unificadora y en relación con el mismo precepto del Real Decreto Legislativo 1/1.995 de 24 de Marzo que no ha variado su texto) y también en las anteriores de 7 de junio y 21 de diciembre de 1.984 y en las posteriores de 28 de septiembre 1989, 28 de octubre de 21.992, 9 de diciembre 94 y 1 de abril de 96 - que "...el recargo por mora sólo será procedente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, es decir, cuando se trate de una cantidad exigible, vencida y líquida, sin que la procedencia o improcedencia de su abono se discuta por los contratantes" (Sentencias de 14-10-85 y 28-8-89), de modo que "cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses" (sentencia de 2-12-94 y 1-4-96). Afirmación esta última que, como es lógico, debe entenderse referida a una oposición empresarial razonablemente fundada, no a la mera negativa a abonar unos salarios no discutidos, o controvertidos sin base legal suficiente, a la que se alude en la sentencia recurrida". Debe añadirse que esta doctrina la mantienen también, además de las sentencias citadas por la reseñada de 15 de marzo del 2005, las de 7 de febrero del 2005 (recurso nº 789/2004) y 27 de enero del 2005 (recurso nº 5686/2003). "En el presente caso, la cuestión no ha sido pacífica entre las partes (discrepaban sobre la existencia de relación laboral) ni la deuda era líquida, vencida y exigible (para determinar el salario, las partes llegaron a juicio), por lo que no procede la aplicación del interés por mora reclamado.

Por ello, procede la estimación parcial del recurso interpuesto.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de Casiano contra la sentencia del juzgado social 24 de BARCELONA, autos 998/2010, de fecha 16 de noviembre de 2011, seguidos a instancia del recurrente contra la empresa FUNDACIÓ DE L'AUDITORI I L'ORQUESTRA y CONSORCI DE



L'AUDITORI I L'ORQUESTRA SIMFÒNICA DE BARCELONA I NACIONAL DE CATALUNYA, debemos revocar parcialmente la citada resolución, condenando a la demandada a abonar al actor 1.351,95 euros.

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.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 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 art. 229.4 de la Ley de Procedimiento Laboral , consignará como depósito, 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 El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.