



Roj: **STSJ GAL 4367/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:4367**

Id Cendoj: **15030340012022102893**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **23/06/2022**

Nº de Recurso: **5087/2021**

Nº de Resolución: **3018/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANTONIO JOSE GARCIA AMOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL**

A CORUÑA

**SENTENCIA: 03018/2022**

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**Correo electrónico:**

**NIG:** 27028 44 4 2016 0002456

Equipo/usuario: MC

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0005087 /2021-MJC**

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000799 /2016

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

**RECURRENTE/S D/ña** Zulima

**ABOGADO/A:** Zulima

**RECURRIDO/S** DEUTSCHE BANK SAE

**ABOGADO/A:** FRANCISCA MARIA PEREZ MAYRATA

**ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR**

**ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA**

**ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE**

En A CORUÑA, a veintitrés de junio de dos mil veintidós.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**



ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 5087/2021, formalizado por la letrada D<sup>a</sup> Zulima , en su propio nombre, y representación, contra la sentencia número 231/2021 dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 3 de LUGO en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 799/2016, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Zulima frente al DEUTSCHE BANK SAE, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO GARCIA AMOR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> Zulima presentó demanda contra DEUTSCHE BANK SAE, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 231/2021, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.- Dña. Zulima , mayor de edad, con DNI NUM000 , prestó servicios para la entidad demandada desde el 4 de enero de 1999 hasta el 20 de septiembre de 2016, en la oficina 00445( Lugo soporte, con la categoría profesional de interventora ( técnico de nivel III), en virtud de un contrato por tiempo indefinido, jornada completa, de lunes a viernes ( sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo en 30 de junio de 2017 en el procedimiento de despido 800/2016, sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de febrero de 2018). El horario de prestación de servicios era de lunes a viernes de 8.00 a 17.00 horas y los viernes se 8.00 a 15.00 horas. Desde el 1 de mayo hasta el 30 de septiembre el horario de prestación de servicio era de lunes a jueves de 8.00 a 15.00 horas y de 8.00 a 14.00 horas (conformidad partes). La jornada ordinaria anual de la actora asciende a 1700 horas. SEGUNDO.- El Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo dictó sentencia el 30 de junio de 2017 en el seno del procedimiento de despido 800/2016 cuya parte dispositiva es la siguiente: Acollo parcialmente a demanda formulada por Zulima contra DEUTSCHE BANK S.A. de tal xeito que: Declaro improcedente o despedimento con efectos dende o 20 de setembro de 2016. Condeno a DEUTSCHE BANK S.A. a que no prazo de cinco días a contar desde a notificación desta resolución opte, comunicándollo a este Xulgado, entre readmitir a Zulima no seu posto de traballo ou indemnizarlle pola extinción da relación laboral coa cantidade de 81309,60 euros. Para o caso de optar pola readmisión, DEUTSCHE BANL S.A. deberá aboar tamén a Zulima , como salarios de tramitación, a cantidade de 112, 93 euros por cada un dos días existentes entre o 20 de setembro e a data de notificación desta resolución. Absolvo Leocadia de toda petición na súa contra. Non se fai pronunciamento sobre as custas do procedemento. El Tribunal Superior de Xustiza de Galicia dicta sentencia el 27 de febrero de 2018 que ratifica la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo el 30 de junio de 2016. TERCERO.- La actora presenta demanda por la que reclama la cantidad de 179.269,76 euros por el concepto de horas extraordinarias realizadas entre el 1 de enero de 2008 y el 20 de septiembre de 2016, así como el ejercicio de funciones superiores en dicho periodo. CUARTO.- Dña. Zulima además de las funciones de interventora, realizaba también actividades de comercial. Asimismo, llevó a cabo algunas operaciones financieras que figuran a nombre de Dña. Leocadia . La Sra. Zulima realizaba actividades laborales en diversas ocasiones más allá de su jornada ordinaria diaria. ( sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo el 30 de junio de 2016 y confirmada por el Tribunal Superior de Xustiza de Galicia por Sentencia de 27 de febrero de 2018) QUINTO.- El acto de conciliación se celebró el 2 de noviembre de 2016 sin avenencia y la papeleta de conciliación se celebró el 14 de octubre de 2016.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Dña. Zulima contra la entidad DEUTSCHE BANK S.A.U. y debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de las pretensiones formuladas de contrario. Sin expresa condena en constas.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D<sup>a</sup>. Zulima formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha .

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de votación y fallo.

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



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** La trabajadora demandante recurre la sentencia de instancia que desestimó su reclamación por horas extraordinarias (HHEE) y exceso de funciones en el período octubre 2015/septiembre 2016.

Con cita del artículo 193.b) y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), solicita revisar los hechos probados y examinar el derecho que aplicó.

La empresa demandada (en acrónimo, DB) impugna el recurso, solicitando su desestimación.

**SEGUNDO:** Las propuestas fácticas de recurso son:

(A) Sustituir el hecho probado 3º ("La actora presenta demanda por la que reclama la cantidad de 179.296,76 euros por el concepto de horas extraordinarias realizadas entre el 1 de enero de 2008 y el 20 de septiembre de 2016, así como el ejercicio de funciones superiores en dicho período"), por los siguientes términos: "La actora presenta demanda por la que reclama la cantidad de 179.296,76 euros por el concepto de horas realizadas en exceso entre 1 de enero de 2008 y 20 de septiembre de 2016, y también por las funciones adicionales a las de su puesto de trabajo"; se basa en el escrito de demanda.

Se admite en los términos literales del hecho 5º de demanda, al que remite el suplico del escrito rector del proceso, cuando indica los conceptos salariales reclamados, es decir, "horas realizadas en exceso" y "exceso de funciones", permaneciendo inalterable su contenido restante.

(B) El hecho probado nuevo siguiente: "Tercero bis.- La actora, una vez completada su jornada laboral y sus tareas de interventora-cajera, realizaba operaciones comerciales de préstamos, y captación de clientes, con las que contribuía a completar los puntos que sumaban de modo decisivo, para que la directora consiguiese y percibiera su bonus, suplementario a su salario, sin que se remunerase por este trabajo extra a la demandante"; cita como apoyo documental los folios 65, 66, 114 a 121, 122 a 140, 142 a 144, 148 a 156, 166 a 201, 232.

No se acepta, por intrascendente al carecer no sólo de oportuna y respectiva argumentación en sede jurídica; incluso de admitirse, tampoco tendría éxito porque el recurso omite la normativa o la jurisprudencia que la decisión de instancia pudiera haber infringido sobre el particular, como prevén los artículos 193,c) y 196.2 LRJS.

**TERCERO:** En el ámbito jurídico, el recurso denuncia que la sentencia vulnera:

(A) La STJUE de 14-5-2019, C-55/2018, que impone a los órganos jurisdiccionales nacionales modificar jurisprudencia consolidada basada en un derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva, en el caso las números 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos del tiempo de trabajo, y 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

(B) El artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y la STS nº 246/2017 de 23-3, pues ante los indicios de prolongación de la jornada laboral por el trabajador, corresponde a la empresa desvirtuarlos mediante un sistema fiable como es el registro de jornada.

(C) El artículo 14 de la Constitución (CE), pues las directivas comunitarias imponían la obligación empresarial de establecer un registro de jornada existía con anterioridad al Real Decreto-ley 8/2019.

**CUARTO:** Con carácter previo y frente a lo argumentado por la empresa impugnante, indicamos:

1º.- La suplicación no incurre en defecto alguno que propicie su inadmisibilidad, porque de su lectura resultan cumplimentados los artículos 193 y 196 LRJS, con independencia del éxito o no de las pretensiones fácticas y jurídicas que articula, proyectadas al tema litigioso de fondo.

2º.- Tampoco entendemos que el motivo jurídico de la actora-recurrente integre una cuestión nueva, incompatible con el carácter extraordinario de la suplicación.

Sobre dicho concepto, ha de tenerse en cuenta: (a) Es la demanda - art. 80 LRJS-, y en su caso, la reconvenición - art. 85 LRJS-, la que fija el objeto procesal, pues sin perjuicio de las manifestaciones de los litigantes en trámite de conclusiones, define y delimita objetiva y subjetivamente la pretensión y a ella hay que atenerse para resolver el recurso ( SSTC 85/99, 94/92, 138/86). (b) La suplicación ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter extraordinario y función revisora como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición y garantías de defensa quedarían limitados ante un planteamiento nuevo con la consiguiente indefensión, que desconocería -asimismo- los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, de audiencia bilateral y congruencia ( SSTS 5-2- 2008, 22-1-2009, 25-1-2011).



3º.- En el presente caso, es cierto que el escrito rector del proceso no recoge los argumentos de suplicación, que extractamos en el fundamento de derecho anterior, pero también es verdad que, como resulta de la grabación del acto de juicio (32'29" en adelante), su alegación por la demandante en el trámite de conclusiones del declarativo, no fue objeto de impugnación adversa, lo que impide apreciar su indefensión, y además refuerzan, dada su naturaleza jurídica, los ya aducidos en demanda, sin implicar alteración alguna de la pretensión ejercitada, lo que es acorde con la jurisprudencia que impide resolver las cuestiones nuevas únicamente cuando son alegadas, por primera vez, en fase de recurso ( STS 4- 10-2007).

**QUINTO:** El motivo jurídico de suplicación es la reclamación por horas extraordinarias, concepto de carácter relacional ya que sólo cuando se acredita haber excedido la jornada ordinaria puede hablarse de la realización de las horas extraordinarias, porque según el artículo 35.1 ET únicamente pueden considerarse como tales "aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo", de obligada remuneración o compensación con tiempos equivalentes de trabajo.

[A] En cuanto al registro horario, cabe recordar que, de conformidad con las SSTs de 23-3 y 20-4-2017, las empresas no estaban obligadas a llevar un registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados, sólo se debía llevar registro de horas extraordinarias realizadas.

La citada STJUE 14-5-2019, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional mediante auto de 19-1-2018 en proceso de conflicto colectivo nº 252/2017, en que fue parte la entidad bancaria ahora demandada, y con relación a las Directivas invocadas, declaró que <<< 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 acatamiento de dicha resolución, se promulgó el Real Decreto-ley 8/2019 (Medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo), vigente desde el 13-3-2019, que al reformar el artículo 34 ET estableció normativamente el deber de la empresa de garantizar el registro diario de jornada, que comprende el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora.

En el presente caso, la decisión judicial de instancia (FJ 3º), tras ponderar con apoyo en normativa estatutaria y convencional, (a) la sentencia firme de despido de la ahora recurrente, cuando afirma que la actora ha realizado actividades laborales más allá de su jornada laboral pero sin acreditar su ejecución dentro de su horario de trabajo, y (b) el libro diario electrónico, que registra las operaciones realizadas por la trabajadora más allá de su jornada diaria, concluye en incrementar la jornada de la recurrente 30' cada día en el período litigioso, pero sin que ello suponga exceder la jornada máxima anual prevista en el Convenio colectivo de banca 2015/2018, tal como se configuran por la jurisprudencia a falta de prueba sobre la realización efectiva de horas extraordinarias a cargo de la demandante, indica ( STS 18-9-2000) que son horas extras las que exceden de la jornada máxima legal y también las que sin llegar a dicho límite rebasan las jornadas pactadas en convenio colectivo o en contrato de trabajo,

[B] En relación con la carga de la prueba que regula el artículo 217 LEC, hemos declarado ( STSJ Galicia 20-1-2022, r. 2981/2021) que, por tratarse de un hecho constitutivo de la pretensión entablada en demanda, <<< la doctrina más tradicional -salvo supuestos de realización de jornada habitual extraordinaria- que al trabajador le corresponde de forma rigurosa y circunstanciada cada una de las horas extraordinarias realizadas para que tenga éxito su pretensión. En este sentido podemos citar la sentencia del TSJ de Galicia de 28 de junio de 2019, en la que argumentamos que "Y es que, en efecto, el criterio que mantiene la doctrina jurisprudencial sin fisuras, en materia de prueba de la realización de horas extraordinaria. Así, por citar algunas, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1.988 que conforme se desprende del indicado precepto regulador del "onus probandi" y de reiterada jurisprudencia concordante, "la carga de la prueba de haber prestado servicios en horas extraordinarias y en días festivos corresponde a la parte que lo alega, en este caso, a la actora"; la de 26 de junio de 1990, que la jurisprudencia ha sentado que la carga de la prueba sobre la realización de horas extraordinarias corresponde al trabajador, y que las mismas han de acreditarse "día a día y hora a hora"; y la de 11 de junio de 1993, que "corresponde al demandante la prueba de los elementos constitutivos de lo reclamado y en materia de horas extraordinarias, la interpretación de la doctrina jurisprudencial ha sido la de requerir una estricta y detallada prueba de la realización del número de ellas sin que sea suficiente la mera manifestación de haberlas trabajado". Y esa exigencia solo cede ante el habitual desarrollo de una jornada uniforme superior a la ordinaria, que supone una habitualidad de la jornada extraordinaria, pues siendo obligación de la empresa, cuando se realizan horas extras, y probado que se realizan, llevar registro de las horas día a día, totalizándose semanalmente el cómputo, es por lo que, dominando esta acreditación obligada, que no es factible conseguir al trabajador, ni está próxima a sus medios, y no aportándola como prueba que desvirtúe las reclamaciones



en juicio, ante la demostración de la realización de una jornada habitual superior a la ordinaria, se grave al empresario incumplidor con las consecuencias de la ausencia de prueba del número concreto de horas, de los días en que se prestaron y de su naturaleza, en el sentido de condenarle por las reclamadas ( SSTS de 10 de abril de 1990 , 21 de enero de 1991 y 22 de diciembre de 1992, tal y como ya razonáramos en la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2005 >>> .

[No obstante]<<< Como hemos dicho -entre otras en STSJ de Galicia de 13 de abril de 2021, rsu 3519/2020- esta jurisprudencia ha de verse matizada en la actualidad "tras la 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 en la que cual se señala 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". Pocos meses antes de esta sentencia del TJUE había entrado en vigor en nuevo apartado 9 del art. 34 del ET que dispone que " 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". La entrada en escena de esta nueva redacción legal ha llevado a la mayoría de los Tribunales Superiores a considerar que 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 en el que, como el litigioso, éste no resultaba exigible ( STSJ de Cataluña 19 de octubre de 2020, rec. 1614/2020)."

Pues bien, a la vista de esta postura tiene razón la empresa cuando señala que no se le puede alterar la normal distribución de la carga de la prueba en lo que se refiere a las horas extras reclamadas con anterioridad a mayo de 2019 [como ahora ocurre, al transcurrir el período litigioso entre septiembre 2015 y octubre 2016; por esta razón, STS (Pleno) 23-3-2017, r. 81/2016 , con votos particulares]... >>>.

[C] Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4º bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo consignado descarta apreciar infringido el derecho fundamental de tutela judicial efectiva que sanciona el artículo 14 CE, más aún al no denunciar el recurso ninguna vulneración de norma sustantiva, estatutaria o convencional.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la letrada D<sup>a</sup>. Zulima , en su propio nombre y representación, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, de 31 de marzo de 2021 en autos nº 799/2016, que confirmamos.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para su cumplimiento.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el



campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento ( **1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ