



Roj: **STSJ CLM 593/2022 - ECLI:ES:TSJCLM:2022:593**

Id Cendoj: **02003340012022100204**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **25/02/2022**

Nº de Recurso: **397/2021**

Nº de Resolución: **372/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MONTSERRAT CONTENTO ASENSIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 00372/2022

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

Correo electrónico: tribunalsuperior.social.albacete@justicia.es

NIG: 13034 44 4 2019 0002516

Equipo/usuario: 8

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000397 /2021

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000851 /2019

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña Genaro

ABOGADO/A: LIDIA MARIA RUIZ POZO

PROCURADOR: MARTIN GIMENEZ BELMONTE

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: ALIMENTACION MARGO SL

ABOGADO/A: LUIS JAVIER SANCHEZ IZARRA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Magistrada Ponente: D^a. MONSERRAT CONTENTO ASENSIO

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D^a. LUISA MARIA GOMEZ GARRIDO

D^a. PETRA GARCIA MARQUEZ

D. JOSE MANUEL YUSTE MORENO

D^a. MONSERRAT CONTENTO ASENSIO



En Albacete, a veinticinco de febrero de dos mil veintidós.

Vistas las presentes actuaciones por la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, compuesta por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as anteriormente citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

- SENTENCIA Nº 372/2022 -

En el **RECURSO DE SUPPLICACION número 397/2021**, sobre Reclamación de Cantidad, formalizado por la representación de Genaro , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Ciudad Real, en los autos número 851/2019, siendo recurridos; la mercantil demandada "Alimentación Margó S.L." y en el que ha actuado como Magistrada-Ponente D^a. Monserrat Contento Asensio, deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 26/10/2020, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número 2 de Ciudad Real, en los autos número 851/2019, cuya parte dispositiva establece:

«Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por la actora, absolviendo a la mercantil demandada de las pretensiones deducidas de contrario.»

SEGUNDO.- Que en dicha Sentencia se establecen los siguientes Hechos Probados:

«PRIMERO: El demandante fue contratado por la mercantil demandada el día 14-1-19 en virtud de un contrato eventual por circunstancias de la producción para desarrollar funciones como comercial, nivel salarial VI según Convenio y a jornada completa de lunes a sábado. Percibía un salario 1.302,93 euros con inclusión de pagas extraordinarias. (documento nº 4 del ramo del demandado)

SEGUNDO: El día 1-7-19 el contrato fue prorrogado por seis meses y 13 días hasta el día 13-1-20 cambiando la categoría del actor, que paso a desarrollar funciones de jefe de sucursal según convenio perteneciente al Grupo Profesional II nivel salarial IV. La modificación y la prórroga se comunicaron por la empresa a la TGSS. Realizando estas funciones percibía un salario mensual de 1.361,09 euros con inclusión de pagas extraordinarias (documentos nº 5 y 6 del ramo del demandado)

TERCERO: La relación laboral finalizó el 7-9-19, comunicándose la baja a la Seguridad Social. (documentos nº 7 del ramo del demandado)

CUARTO: El trabajador confeccionaba un parte semanal donde se recogía el horario que realizaba diariamente, y que era firmado por el mismo. De lunes a viernes firmaba siete horas y media aproximadamente y los sábados, dos horas y media. (documento nº 1 del ramo del actor) junto con la nómina del trabajador que se entregaba al mismo, y firmada por el, se unía el registro de horas mensual, firmado también por el trabajador. (documento nº 2 del ramo del demandado)

QUINTO: El convenio colectivo aplicable a la relación laboral es el del Sector del Comercio en General de la provincia de Ciudad Real.

SEXTO: Se ha agotado el acto de conciliación previo, concluyendo sin avenencia.»

TERCERO.- Que contra dicha Sentencia se formalizó Recurso de Suplicación, en tiempo y forma, por la representación de Genaro , el cual fue impugnado de contrario, elevándose los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, en la que, una vez tuvieron entrada, se dictaron las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma; poniéndose en su momento a disposición de la Magistrada Ponente para su examen y resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia, que desestima la demanda entablada por D. Genaro , en reclamación de cantidad, contra la empresa empleadora Alimentación Margó S.L., muestra su disconformidad el trabajador mediante el escrito de formalización de recurso, que basa en dos motivos, el primero destinado a la revisión fáctica, y el segundo con el fin de examinar las infracciones de normas sustantivas o de la



jurisprudencia por entender que la sentencia de instancia se vulnera lo establecido en los arts. 5 y 6 del Convenio Colectivo del sector del Comercio en General de la provincia de Ciudad Real; por indebida aplicación del art.35.5 del E.T. y del art.217.6 y 7 de la LEC; y por indebida aplicación del art.20 bis del ET y del art.88 de la LO 3/2018, relativas al derecho a la desconexión digital.

El recurso ha sido impugnado por la representación letrada de la empresa.

En la demanda el trabajador solicitaba la condena de la demandada a abonar al demandante, en concepto de diferencias retributivas de las nóminas de los últimos 9 meses un importe aproximado de 3.041,1€, que en el acto de juicio, según expresa la sentencia (y no se cuestiona en el recurso) se rebajaron a 2.237,76 €, y el importe de 9.395,2 euros en concepto de horas extraordinarias, sobre el argumento de haber realizado una media de 4 horas diarias, trabajando todos los sábados, por lo tanto y siendo la hora extra 14,68€ habiendo realizado 640 horas, el importe corresponde a la cantidad de 9.395,2€. Esta es la pretensión que se reproduce en el recurso.

SEGUNDO: Al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, el demandante solicita:

-.La modificación del hecho probado primero del tal forma que quede con la siguiente redacción "El demandante fue contratado por la mercantil demandada el día 14/01/2019 en virtud de un contrato eventual por circunstancias de la producción bajo la modalidad profesional de comercial. No obstante, desde el inicio de la relación laboral ha venido desempeñando las funciones propias de la categoría profesional de Jefe de ventas. Tal y como se desprende de los correos aportados en el ramo de prueba de la parte demandante (bloque documental III). Percibía un salario 1.302,93 euros con inclusión de pagas extraordinarias".

.- La modificación del hecho probado segundo de tal forma que quede con la siguiente redacción: "El día 1/07/2019 el contrato fue prorrogado por 6 meses y 13 días siendo comunicado a la TGSS un cambio en las funciones del trabajador que pasó a realizar las funciones de jefe de sucursal según convenio perteneciente al Grupo Profesional II nivel salarial IV, reconociéndose fecha de efectos de 1/08/2019. Realizando estas funciones percibía un salario mensual de 1.361,09 euros con inclusión de pagas extraordinarias (documentos nº 5 y 6 del ramo del demandado)".

Tales modificaciones se fundamentan en unos correos electrónicos que incorporó en su ramo de prueba bloque documental III, que según su relato demuestran que antes de ser cambiado a la categoría de Jefe de Ventas ya venía desempeñando tales funciones. E igualmente en base al documento nº 6 del ramo de prueba del demandado, y nóminas del trabajador de los que se desprende que el cambio de categoría fue a partir de 1-8-2019.

Las adiciones que se pretenden, incluyen valoraciones de los documentos aportados, que ya han sido analizados por la juzgadora de instancia, concretándolos tanto en los hechos probados, como en la fundamentación jurídica de la sentencia, pretendiendo sustituir la convicción de la juzgadora lo que no es admisible. En cualquier caso se desestima el motivo por considerarlo intrascendente para la modificación del fallo de la sentencia, tratándose de documentos que obran incorporados al expediente, que pueden ser examinados, significando que fueron impugnados por la empresa.

En cuanto a la fecha del cambio de categoría, en efecto se constata el error denunciado, pues la comunicación de modificación de datos ante la TGSS, pasando el trabajador a cotizar en el grupo 3- Jefes Administrativo fue con fecha de efectos 1.8.19, que coincide con la fecha de comunicación cursada. Datos que se desprenden de los documentos aportados, y de la valoración que efectúa la juzgadora de instancia, por lo que no obstante, no haberse concretado la fecha de efectos del cambio de categoría, esta se infiere no solo de la documentación, sino como se ha indicado del relato incluido en la fundamentación jurídica de la sentencia, por lo que igualmente se desestima la misma por considerarla intrascendente para la modificación del fallo de la sentencia recurrida.

TERCERO: En el motivo segundo del recurso, destinado a la revisión jurídica, se argumenta como apartado a), la indebida aplicación del Convenio Colectivo de aplicación a la relación laboral el provincial de Comercio en General, sobre la base de entender que la sentencia de instancia, no ha tomado en consideración las actualizaciones salariales de las tarifas del convenio, por lo que considera que el salario base actualizado aplicable al actor, para la categoría profesional de jefe de ventas, debería haber ascendido a un total de 1088,83 euros.

Al respecto la sentencia de instancia analiza la reclamación por diferencias salariales que articula el actor en su escrito rector, desestimando la solicitud, en primer lugar por entender que no se acredita que desempeñara tal categoría desde el inicio de la relación laboral como se pretende, lo que tampoco se puede admitir en esta instancia, al haber quedado inalterado el relato fáctico, siendo el cambio de categoría del trabajador a partir del



1-8-2019 finalizando la relación laboral el 7-9-2019; entendiéndose en segundo lugar la juzgadora, que las tarifas salariales que se reflejan en las nóminas aportadas son conformes al convenio de aplicación.

En este último aspecto tenemos que diferir, ya que según consta tanto en la nómina de agosto, como en la de septiembre de 2019, y en la modificación de datos comunicada a la TGSS, que el grupo de cotización del actor, tras la modificación operada a partir de 1-8-19, era el grupo 3 jefes administrativo, siendo que conforme a las tarifas salariales del convenio aplicable, publicadas en BOP Número 227. miércoles, 25 de noviembre de 2020, anexo 2 (año 2019 se mantienen las tablas de la anualidad 2018) el salario base era de 1.063,09 euros, único concepto en el que las retribuciones están erróneamente calculadas, pues los restantes P. compensa, PP extras, y plus transporte son correctos. Los conceptos salariales correspondientes a las nóminas de 14-1-19 a 31-7-19, para la categoría de comercial grupo 6, están correctamente calculadas, por lo que diferencia retributiva alguna corresponde al actor en este periodo. Así la única diferencia salarial que cabe reconocer al actor es la de **65,55 euros**, que corresponden a las diferencias del concepto de salario base, en la mensualidad de agosto y la de septiembre de 2019.

En el apartado b del motivo, se denuncia la indebida aplicación del art. 35.5 ET y art.217 LEC, cuestionando la valoración que efectúa la juzgadora sobre la carga de la prueba en la realización de horas extraordinarias, que son objeto de su reclamación, objetando las conclusiones que se extraen de los registros de jornada aportados, que considera incorrectos.

Al efecto entiende que el contenido de dichos registros, ha sido desvirtuado por el testimonio de otro antiguo trabajador, y por los documentos aportados, correos, whatsapp.

Los criterios tradicionales, respecto a la carga de la prueba que se alegan por el demandante, y que también se exponen en la sentencia de instancia, siguen vigentes y presenta especial trascendencia la obligación empresarial de registro de la jornada que resulta de la reforma del ET por el RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

Se trata de una norma que pretendía subsanar las dificultades de reclamación por parte de los trabajadores.

La Audiencia Nacional, en sentencia de 4 de diciembre de 2015, ya afirmó en su momento que "el registro de jornada, que no de horas extraordinarias, es el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada". También que la ausencia de tal registro "coloca a las personas trabajadoras en situación de indefensión que no puede atemperarse porque las horas extraordinarias sean voluntarias, puesto que el único medio de acreditarlas es, precisamente, el control diario".

Tal sentencia no fue confirmada, pero el Tribunal Supremo en su Sentencia 246/2017, de 23 de marzo (RJ 2017, 1174), afirmó que " *de lege ferenda* convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias (...)".

La STJUE de 14 de mayo de 2019 (Asunto C55/18 (TJCE 2019, 90)), ya resuelve la adecuación de la legislación española sobre tiempo de trabajo a la Directiva 2003/88/CE (LCEur 2003, 3868) , y declara la obligación de establecer en las empresas un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, conforme a las previsiones del artículo 31, apartado 2 , de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2007, 2329) , la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y la Directiva 89/391/CEE (LCEur 1989, 854) , referida a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

Se opondría al Derecho de la Unión Europea 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.

Tal pronunciamiento motiva el Real Decreto-Ley 8/2019 que proporciona un adecuado instrumento para la prueba de las horas extraordinarias.

En este caso, sin embargo, se justifica la existencia de registros horarios, que son aportados por la empresa, firmados por el trabajador, que no niega su rúbrica, y que a mayor abundamiento se adjuntan a cada una de las nóminas, que a su vez suscribe el trabajador, lo que no se desmienta, si bien pese a ello, el trabajador pretende desvirtuar tal registro horario, con la prueba aportada.

Con ello no se vulnera el artículo 217 de la LEC y los principios rectores de la carga de la prueba, por el hecho de que el actor haya presentado la prueba que, en principio, acreditaría las horas extras trabajadas a través de otros instrumentos, ya que tal precepto no tiene operatividad cuando, conforme a reiterada jurisprudencia, se acude a la valoración judicial y conjunta de la prueba, como es el caso.



El citado artículo 217 de la LEC no regula el problema de la valoración de la prueba sino el del "onus probandi" y, por ello, es inoperante en suplicación, dada su generalidad, salvo que la resolución de instancia se haya fundado en esta norma a efectos decisivos, invirtiendo sus términos como ya tuvo ocasión de señalar el Tribunal Supremo desde antiguo.

No siendo norma valorativa, ni que autoriza a valorar la apreciada, sería invocable, sin embargo, cuando se aplique indebidamente dicha distribución porque habiéndose aportado prueba, por ejemplo, se haya atribuido las consecuencias negativas y propias de una eventual carencia a quien, sin embargo, la aportó.

No es el caso, porque en el supuesto que nos ocupa, pese a la cita de dicha norma, la conclusión de instancia, no parte de la aplicación sin más de tal precepto ante la falta de prueba o perjudicando a quien la aportó, sino que, partiendo de la valoración conjunta, no solo de los registros horarios firmados por el trabajador, sino que, pese a que la empresa impugnó los documentos presentados por el trabajador, los toma en consideración, sí valora los correos y comunicaciones por whatsapp que se aportan por el actor, si bien no atribuye trascendencia a su contenido pues reflejan llamadas o correos remitidos a las 23:00 horas u otras no laborables, indicando que al tratarse de un comercial o jefe de ventas, se ajustan las comunicaciones a los horarios de bares o negocios, sin que ello pueda imputarse a un trabajo efectivo y presencial que ampare su pretensión, que se articula de forma global en una media de 4 horas más al día, en total 640 horas. También valora la juzgadora el testimonio del compañero de trabajo del actor, si bien para entender que "nada aporta pues se limita a manifestar que realizaban muchas horas diarias sobre el documento que rellenaban, que no se corresponde con la realidad, declaración que se entiende no aporta ningún horario concreto ni preciso, tratándose además de un trabajador que tiene un contencioso con la empresa según se desprende de su declaración", lo que obviamente mitiga el valor probatorio de su testimonio art.92.3 LRJS, para finalmente llegar a la conclusión de que las horas extraordinarias no se realizaron.

Por tanto los argumentos del actor, suponen valoración en contrario, no mera alegación de infracción jurídica.

Es en definitiva a la Magistrada a quien corresponde valorar la prueba, atribuyendo eficacia probatoria al registro horario aportado por la empresa, firmado por el trabajador, y anexo mensualmente a sus nóminas todas ellas firmadas, y no negadas por el demandante.

Por tanto si bien el cumplimiento de la obligación de registro, en este caso, cumplida, no supone una presunción "iuris et de iure", prueba exclusiva y excluyente de que las horas documentadas se han realizado, de la valoración conjunta, se justifica la realidad de dicho desempeño horario registrado, sin que el actor haya desvirtuado el acto propio que supone la firma y cumplimentación de tales registros, ni por ende la realización del exceso horario, que en términos globales de 4 horas diarias de media durante toda la relación laboral, reclama.

Por último, en el apartado c del motivo de recurso, se considera infringido por indebida aplicación el art.20 bis del ET y el art.88 de la LO 3/2018 relativas al derecho a la desconexión digital.

Bien, tal argumento como expone la empresa en su escrito de impugnación, es novedoso, pues en efecto no fue articulado en demanda, ni en el juicio, pero lo cierto es que incide en el mismo argumento tendente a justificar el exceso horario que reclama en el hecho de realizar gestiones laborales fuera de jornada, por medios telemáticos, entendiéndose que computable como tiempo de trabajo, se ha de remunerar como horas extraordinarias.

Tales documentos como ya se ha indicado anteriormente fueron valorados por la juzgadora de instancia, pretendiendo de nuevo sustituir su convicción. Se trata de registros de llamadas, whatsapp, o correos, puntuales, en el caso de las llamadas muchas de las que se destacan figuran canceladas, de segundos de duración, en definitiva no pueden justificar, como razona la sentencia de instancia, un exceso laboral habitual de 4 horas diarias durante la relación de trabajo.

Los errores imputados a la Magistrada de instancia no existen, pues no deja de aplicar el artículo 34.9 y el artículo 35 ET, que consagra el registro horario como principal instrumento válido y eficaz de control de las horas trabajadas, sino que valora la existencia de otros medios de prueba (documentales y testificales) que se plantean para cuestionar tal registro horario, explicando las circunstancias que permiten excluir la realidad del exceso de jornada que se pretende.

Razones por las que debemos confirmar la resolución de instancia, a salvo la estimación parcial de diferencias salariales a favor del trabajador por el periodo comprendido entre el 1 de agosto al 7 de septiembre de 2019, por importe de 65,55 euros.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso interpuesto por D. Genaro , contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real, de fecha 26-10-2020, revocamos parcialmente la misma en el sentido de reconocer al actor las diferencias salariales indicadas, a cuyo pago condenamos a la demandada, en importe de 65,55 euros, confirmando el resto de los pronunciamientos. SIN COSTAS.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación. Durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la **Cuenta Corriente número ES55 0049 3569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, tiene abierta en la Oficina del BANCO SANTANDER sita en esta ciudad, C/ Marqués de Molíns nº 13, **indicando: 1) Nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y, si es posible, el NIF/CIF; 2) Beneficiario: SALA DE LO SOCIAL; y 3) Concepto (la cuenta del expediente): 0044 0000 66 0397 21;** pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de la citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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