

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede en Sevilla)***Sentencia 1802/2019, de 3 de julio de 2019**Sala de lo Social**Rec. n.º 1727/2018***SUMARIO:**

Contrato a tiempo parcial. Registro de jornada. Carga de la prueba. Despido. Incumplimiento por la empresa de la obligación de registro diario de jornada y entrega del resumen mensual de horas. Sentencia de instancia que no aplica la presunción legal a favor de la realización del contrato a jornada completa al no haber acreditado el trabajador que realizase una jornada superior a la estipulada en el contrato de trabajo. En el presente caso concurren los presupuestos para la aplicación de la presunción legal (*juris tantum*), pues la empresa no acreditó en el proceso que llevase el registro preceptivo, ni aportó la documentación correspondiente en la vista oral, no obstante haber sido requerida al efecto por el Juzgado de lo Social; además dicha empresa, sobre la que recaía la obligación de destruirla de manera convincente acreditando que el trabajador prestó servicios con carácter parcial, tampoco desarrolló actividad probatoria alguna en tal sentido, lo que implica que la presunción haya de desplegar toda su operatividad y obliga a concluir que el trabajador fue contratado y prestó servicios a jornada completa y que, por tanto, debió percibir el salario correspondiente a esa jornada, por lo que al no entenderlo así la sentencia de instancia incurrió en la infracción que se le achaca. Se condena al abono de las diferencias tanto salariales como las derivadas de las indemnizaciones por despido y por falta de preaviso.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 12.4 c), párrafos 4.º, 5.º y 6.º y 52 c).

PONENTE:

Don Emilio Palomo Balda.

Magistrados:

Doña MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ ALVAREZ

Don EMILIO PALOMO BALDA

Don JESUS SANCHEZ ANDRADA

Recurso nº 1727/18-B Sent. Núm. 1802/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA. SRA. DÑA. MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ

Presidenta de la Sala.

ILMO. SR. D. EMILIO PALOMO BALDA

ILMO. SR. D. JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

En Sevilla, a 3 de julio de 2019.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 1802/2019

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Anselmo contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de los de Sevilla, autos nº 693/17; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON EMILIO PALOMO BALDA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero :

Según consta en autos, se presentó demanda por D. Anselmo contra Catering y Eventos Mi Ciudad, S.L., sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 11/04/18 por el Juzgado de referencia, en la que se estimó parcialmente la demanda.

Segundo :

En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"I. D. Anselmo , N.I.F. NUM000 , vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia de la demandada, desde el día 17/03/17, mediante contrato temporal por circunstancias de la producción, a jornada parcial, con la categoría profesional de ayudante de camarero, con un salario diario de 20,67 euros.

II . La empresa, por escrito de 17/06/2017, le comunicó la extinción del contrato por causas económicas, organizativas y productivas, ante la necesidad de amortizar su puesto de trabajo, con efectos de 17/06/2017, en los términos que constan en folio 128 y 129, que por su extensión se dan por reproducidos.

III . consta en autos fotografía del desempeño de puesto del actor.

IV . Es de aplicación el Ccol de Sector de la Hostelería en la Provincia de Sevilla

V . No consta que la actora ostente o haya ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

VI . La parte actora interpuso papeleta de conciliación el día 12/07/17 que fue, celebrado sin avenencia el 30/08/17 (folio 33), por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento."

Tercero :

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante , que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

I. La cuestión que plantea el presente recurso de suplicación, interpuesto por el actor del proceso, versa sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la conducta de su empleador - titular del establecimiento donde prestó servicios como ayudante de camarero desde el 17 de marzo hasta el 17 de junio de 2017 mediante contrato eventual a tiempo parcial para la realización de una jornada de 20 horas semanales -, consistente en no registrar diariamente la jornada de trabajo efectuada ni entregarle copia del resumen de las horas trabajadas.

Más concretamente, se trata de determinar si el incumplimiento de la obligación impuesta en tal sentido por el art. 12.4.c) del Estatuto de los Trabajadores determina la aplicación de la presunción que a favor de la realización del contrato a jornada completa establece ese mismo precepto.

II. La sentencia de instancia ha descartado su aplicación fundando su decisión en la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias de 23 de marzo de 2017 (Rec. 81/16) y 20 de abril de 2017 (Rec. 116/16), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo , y ha desestimado la pretensión deducida por el actor con el objeto de que se le abonen las pertinentes diferencias salariales y que la indemnización por despido improcedente se calcule sobre el salario previsto para la jornada completa, al no haber acreditado que realizase una jornada superior a la estipulada en el contrato de trabajo.

III. El demandante combate dicho pronunciamiento por la vía del art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , denunciando la infracción del art. 12.4.c) del Estatuto de los Trabajadores . En el desarrollo argumental del único motivo de recurso que formula alega que la Juzgadora infringió las reglas de distribución de la carga de la prueba que correspondía a la empresa al haber incumplido su obligación de registrar la jornada de trabajo y operar la presunción de que el contrato se celebró a jornada completa no desvirtuada por prueba en contrario.

IV. En el escrito de impugnación del recurso la parte demandada invoca la doctrina jurisprudencial en que se apoya la sentencia de instancia. Además, sostiene que el recurso adolece de un defecto insubsanable al no proponer la revisión del apartado histórico de la sentencia en lo que respecta a la jornada y al salario, alegato éste que no merece favorable acogida pues el problema que se suscita en el recurso - si en el ámbito del trabajo a tiempo parcial la omisión del deber de registro de la jornada diaria por parte del empresario determina la aplicación de la presunción "iuris tantum" de que el contrato se ha celebrado a jornada completa imponiendo al empleador la obligación de probar el carácter parcial de los servicios efectivamente prestados - no tiene naturaleza fáctica sino jurídica y la eventual respuesta favorable a la tesis defendida en el recurso conduciría a la estimación de la pretensión actora sin necesidad de modificar la relación de probanzas.

Segundo.

I. Delimitados los términos en los que se plantea el recurso y la oposición al mismo, la insistencia de la empresa demandada en la aplicación del criterio jurisprudencial en el que se asienta el fallo de instancia, hace que no resulte innecesario señalar en primer lugar que la sentencia impugnada yerra al basar su pronunciamiento en una doctrina fijada en interpretación del art. 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y pensando en la regulación aplicable con carácter general, como se desprende de los siguientes razonamientos: "Esa interpretación (literal) es acorde con una interpretación lógico sistemática del precepto estudiado. En efecto, obsérvese que el deber de registrar la jornada laboral se contempla al tiempo de regular el legislador las horas extraordinarias (título del estudiado artículo 35) y no la jornada laboral ordinaria, el tiempo de trabajo, lo que es relevante por cuanto el diferente encabezamiento de cada artículo indica que el legislador constriñe el deber empresarial que nos ocupa al registro diario de las horas extras, por cuanto de ser otra su intención habría incluido esa disposición en el artículo 34 que regula la jornada ordinaria, lo que habría obligado al registro diario de toda la jornada laboral, lo que no ha hecho y, sin embargo, impone la sentencia recurrida. Esta interpretación sistemática se ve avalada por lo dispuesto en el artículo 12-4-c) del ET sobre la obligación de registrar día y día y totalizar mensualmente todas las horas realizadas cada mes por el trabajador parcial y con obligación del patrono de entregar al operario un

resumen mensual de las horas que trabaja obligándole a guardar esos resúmenes cuatro años (periodo de tiempo superior al de la prescripción del art. 59 del ET , mandato innecesario si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la jornada diaria, mediante un sistema que permita comprobar el cumplimiento horario pactado" .

En definitiva, frente a la lectura que realiza el órgano de primer grado, el criterio adoptado por el Tribunal Supremo en las sentencias que cita y en otras posteriores como la de 20 de diciembre de 2017 (Rec. 206/16), dejando al margen la incidencia de la doctrina comunitaria sentada en la sentencia de 14 de mayo de 2019 (C-55-18), es que el art. 35.5 del Estatuto de los Trabajadores no establece un mandato general que obligue al empresario exige a llevar un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados, y que cuando el legislador ha querido que se lleve su registro así lo ha ordenado como en el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial, lo que responde, cabe añadir, a que esa categoría de trabajadores está necesitada de una protección particular.

II. Sentado lo anterior, debe subrayarse a continuación que la dicción y claridad de los párrafos cuarto y quinto del art. 12.4 c) del Estatuto de los Trabajadores no ofrece ninguna duda de que en lo que respecta a los trabajadores contratados a tiempo parcial el empresario tiene que: 1º) registrar día a día su jornada y proceder a la totalización mensual de la misma; 2º) entregarles una copia del resumen de las horas realizadas cada mes; 3º) conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un período mínimo de 4 años.

Tampoco puede generar incertidumbre razonable alguna ni justificar interpretaciones que puedan alterar su sentido la regla contenida en el párrafo sexto a tenor de la cual "En el caso de incumplimiento de las referidas obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios" .

III. En el presente caso concurren los presupuestos para la aplicación de la presunción legal, pues la parte demandada no acreditó en el proceso que llevase el registro preceptivo ni aportó la documentación correspondiente en la vista oral no obstante haber sido requerida al efecto por el Juzgado de lo Social, y la empresa, sobre la que recaía la obligación de destruirla de manera convincente acreditando que el actor prestó servicios con carácter parcial, no desarrolló actividad probatoria alguna en tal sentido, lo que implica que la presunción haya de desplegar toda su operatividad y obliga a concluir que el demandante fue contratado y prestó servicios a jornada completa y que por tanto debió percibir el salario correspondiente a esa jornada en cuantía de 41,34 euros diarios, por lo que al no entenderlo así la sentencia de instancia incurrió en la infracción que se le achaca.

Este razonamiento nos lleva a acoger favorablemente el recurso, de forma que partiendo del susodicho salario y manteniendo la calificación de improcedencia del despido, no cuestionada en el recurso, debemos condenar a la empresa demandada al pago de las siguientes diferencias, cuyo ajuste numérico no ha impugnado, además de las cantidades que figuran en el fallo de la sentencia recurrida:

- a) 1.949,71 euros en concepto de diferencias entre el salario percibido y el que le correspondía percibir en los tres meses de prestación de servicios, más el 10 por 100 anual de interés por mora;
- b) 318,56 euros en concepto de diferencia en la indemnización por falta de preaviso respecto de la fijada en la instancia;
- c) 227,37 euros en concepto de diferencia en la indemnización de despido establecida en la instancia.

IV. La estimación del recurso determina que no proceda realizar pronunciamiento en materia de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Anselmo contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 8 de Sevilla en los autos nº 693/2017, seguidos a su instancia frente a la empresa Catering y Eventos Mi Ciudad, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, que se revoca en parte. En su lugar, manteniendo la declaración de improcedencia del despido del actor y el pronunciamiento relativo al Organismo de Garantía condenamos a la mercantil demandada a abonar al actor además de al pago de las cantidades fijadas en su parte dispositiva de las siguientes: a) 1.949,71 euros en concepto de diferencias entre el salario percibido y el que le correspondía percibir en los tres meses de prestación de servicios, más el 10 por 100 anual de interés por mora; b) 318,56 euros en concepto de diferencia en la indemnización por falta de preaviso respecto de la fijada en la sentencia; c) 227,37 euros en concepto de diferencia en la indemnización de despido establecida en la sentencia.

No procede imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS ; así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Asimismo, se advierte a la parte condenada que si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita o la exención de consignar el importe de la condena, al preparar el recurso deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" que esta Sala tiene destinada a tal fin en la cuenta corriente de "Depósitos y Consignaciones" núm. 4.052-0000-66-1727-18, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso, tal consignación podrá sustituirla por aval solidario de duración indefinida y pagadero al primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado registrado y depositado en la oficina judicial, debiendo expedir testimonio el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala para su unión a los autos, que facilitará recibo al presentante".

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.