



Roj: **STSJ BAL 648/2023 - ECLI:ES:TSJBAL:2023:648**

Id Cendoj: **07040340012023100234**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **02/05/2023**

Nº de Recurso: **607/2022**

Nº de Resolución: **240/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOAN AGUSTI MARAGALL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T. S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PA LMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00240 /2023

NIG: 07026 44 4 2021 0002404

RECURSO DE SUPLICACIÓN : RSU 607/2022

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 874 /2021 JDO. DE LO SOCIAL Nº 1 DE EIVISSA

Recurrente: Oscar

Abogado: ANTONIO ROJO MENCHERO

Recurrido: Pedro

Graduado Social: CELESTINO AGUILERA BURGOS

Recurrido: FOGASA

Abogado: LETRADO DE FOGASA

Ilmos. Sres.:

D. Antoni Oliver Reus, presidente

D. Alejandro Roa Nonide

D. Joan Agustí Maragall

En Palma, a 2 de mayo de 2023 .

Esta Sala ha visto el recurso de suplicación núm. 607/2022, formalizado por el letrado D. Antonio Rojo Menchero, en nombre y representación de Oscar , contra la sentencia nº 294/2022 de fecha 20 de octubre de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Eivissa, en sus autos demanda DSP número 874/2021, seguidos a instancia del recurrente, frente a Pedro , representado por el graduado social D. Celestino Aguilera Burgos y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), en materia de despido, siendo magistrado-ponente el Ilmo. Sr. D. Joan Agustí Maragall, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- D. Oscar desde el día 22/03/2021 hasta el 31/10/2021 ha prestado servicios para D. Pedro mediate contrato de trabajo temporal con el código 402 a jornada completa y con la categoría profesional de



ayudante de camarero percibiendo un salario bruto de 1.421,85 euros brutos más las pagas extra y el plus transporte, prestando sus servicios en el centro de trabajo sito en Punta Arabí, edificio manila nº 166 bajo el nombre comercial Restaurante Escandalo (contrato, nóminas, vida laboral, *instructa* demandada, interrogatorio demandado, convenio).

SEGUNDO.- La empresa comunicó al trabajador la finalización de su contrato el 31/10/2021, dándole de baja ese día de la Seguridad Social. El restaurante cerró a principios de octubre del año 2021, habiendo el actor cobrado las vacaciones. El jefe del actor y la persona que le abonaba las nóminas era D. Pedro . El restaurante no estaba abierto durante la temporada de invierno. D. Jose Ignacio es tío de D. Pedro y propietario del establecimiento donde prestaba servicios el actor (testifical D. Jose Miguel , interrogatorio actor, vida laboral, interrogatorio demandado).

TERCERO. - Resulta de aplicación el convenio colectivo del sector de la Hostelería de les Illes Balears. (No controvertido).

CUARTO. - No consta que la parte demandante sea o haya sido representante legal de los trabajadores. (No controvertido).

QUINTO.- La empresa llevó a cabo un registro de jornada del trabajador durante el mes de marzo (doc. 7 ramo prueba parte demandada). No consta que la empresa llevase a cabo un registro de jornada de los trabajadores durante el resto de los meses. No consta la realización por parte del actor de horas extra. El actor iniciaba su prestación de servicios a las 13h. El restaurante cerraba los lunes (ficta documental, testifical D. Jose Miguel).

SEXTO. - El demandante interpuso papeleta ante el TAMIB en fecha 26/11/2021, que se celebró el 09/12/2021 con el resultado de sin acuerdo compareciendo el demandado Pedro "asesorado en este acto por Jose Ignacio " . (Doc. 5 y doc. 6 ramo prueba parte actora).

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Oscar frente a D. Pedro , sobre despido, y DECLARO LA IMPROCEDENCIA del despido sufrido por el demandante en fecha 31/10/2021, CONDENO a D. Pedro a estar y pasar por tal declaración y a que readmita al demandante en su mismo puesto de trabajo y en iguales condiciones a las que regían la relación laboral con anterioridad al despido; o, a su opción, que deberá ejercitar en el improrrogable plazo de cinco días, a que abone a la parte actora, si no lo hubiere hecho, una indemnización en cuantía de 1.199,88 euros; y, en caso de optarse por la readmisión, a pagar a la parte demandante los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de esta Sentencia, a razón de 54,54 euros diarios.

TERCERO.- Contra dicha resolución se formalizó recurso de suplicación por la representación de D. Oscar y que fue impugnado por la representación de D. Pedro .

CUARTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 19 de abril de 2023, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha estimado parcialmente la demanda interpuesta por el actor y ha declarado la improcedencia del despido impugnado.

Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación el actor, recurso que ha sido impugnado por la empresa demandada.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, al amparo de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 193 de la Ley 36/2011, denuncia la vulneración del art. 120.3 CE en relación a lo dispuesto en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24.1 de la Constitución, al considerar insuficientes los hechos probados que se contienen en la sentencia recurrida, generando indefensión a la parte recurrente.

Sostiene el recurrente, en una extensa argumentación, que -habiendo detallado la jornada efectivamente realizada en el anexo de la demanda, no habiendo la demandada aportado el control de jornada requerido (que hubiera permitido acreditar la jornada realizada), no habiendo justificado tampoco la razón de tal falta de aportación, habiendo reconocido el empresario demandado en prueba de interrogatorio que el actor trabajaba seis días a la semana, habiendo declarado el testigo conforme el actor entraba a las 13 h y cuando él marchaba a las 23 (era cocinero) el demandante seguía trabajando- concurrían elementos más que suficientes para establecer la realidad de la jornada invocada, en lugar de concluir, como ha hecho la sentencia de instancia, " *que no se ha presentado prueba suficiente para considerar acreditado tal extremo*".



Solicita se declare la nulidad de la sentencia, reponiendo los autos al momento anterior a su dictado, para que con libertad de criterio y con análisis de toda la prueba realizada, fundamentalmente la prueba de interrogatorio y la testifical, introduzca en la declaración fáctica los hechos indispensables para establecer la realidad o no de las horas extras invocadas.

La demandada se opone a tal denuncia, alegando que con la declaración de hechos probados establecida y la fundamentación jurídica de la sentencia concurren suficientes elementos fácticos para establecer y fundamentar la conclusión a la que ha llegado la sentencia.

TERCERO.- La Sala considera que, en los términos que está formulada la denuncia, lo que en realidad está cuestionando el recurrente no es tanto la pretendida insuficiencia fáctica de la sentencia, sino las reglas de valoración de la prueba aplicadas por la magistrada de instancia que le han llevado a la conclusión de que " *no consta la realización por parte del actor de horas extras*".

Tales reglas de valoración de la prueba se exponen en el fundamento jurídico segundo de la sentencia y las reproducimos en su parte más significativa: " *versando la reclamación formulada sobre el reconocimiento de las horas extraordinarias, corresponderá a la parte actora acreditar que las mismas han sido efectuadas (sentencia TS de 23-6-1988), precisándose al efecto "una estricta y detallada prueba de la realización, del número de ellas sin que sea suficiente la mera manifestación de haberlas trabajado" (sentencias TS de 11-6-1993 y 26-12-1990), pues "en materia de horas extraordinarias, quien pretende haberlas realizado debe fijar con toda precisión sus circunstancias y número, y probar, a su vez, su realización «día a día y hora a hora»(sentencias TS de 21-11-1991 y 26-9-1990).*

No obstante, advierte la magistrada de instancia, " *tal rigor en la prueba de las horas extraordinarias ha sido matizado por la jurisprudencia cuando resulta suficientemente acreditada su realización con la prueba de la jornada de trabajo efectuada de modo habitual y de la que se deduce el exceso horas de trabajo sobre la jornada ordinaria (sentencia TS de 22-12-1992), especialmente cuando la empresa incumple su deber de registro diario y totalización mensual de las realizadas (sentencia TSJ Castilla-La Mancha de 26-5-1998) conforme a lo dispuesto en el art. 35.5 ET . "*

Y añade a continuación el razonamiento esencial en su valoración de la prueba:

"... *si bien es cierto que la empresa no ha aportado el registro de jornada interesado como documental por la parte actora, ese mero dato no resulta suficiente para tener por acreditado la realización de horas extras por parte del actor. En efecto, se alega en la demanda que por parte del actor se realizaban las horas extras que constan en el anexo I aportado junto a la demanda siendo que supuestamente el actor realizaba una jornada de 13h a 2h. Sin embargo, no se ha presentado prueba suficiente para considerar acreditado tal extremo, no pudiendo sin más invertir la carga de la prueba a la empresa con el solo dato de la no aportación del registro de jornada*".

En soporte de dicho razonamiento, invoca también la sentencia del Tribunal Supremo de 22.7.2014 y la STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2007, STSJ del País Vasco de fecha 23 de febrero de 2016 y STSJ de Canarias de fecha 11 de junio de 2019, que recogen y aplican el criterio clásico ya expuesto que, en definitiva, imputa al trabajador la carga de la prueba de las horas extras invocadas.

CUARTO.- La cuestión de las reglas de la carga de la prueba en materia de horas extraordinarias, después de la inclusión del apartado 9º en el art. 34 ET, operada por el RDLeg. 8/2019, " *a los efectos de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.*", exige necesariamente, como entiende la mayoría de la doctrina de suplicación, una revisión y actualización de los criterios jurisprudenciales aplicados por la sentencia de instancia, todos ellos de fecha anterior a tan relevante reforma normativa.

Dicho precepto, cuya infracción denuncia el recurrente en su último motivo de recurso, al amparo del art. 193 c) LRJS, dispone lo siguiente:

9. 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.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.



En aplicación de este precepto, la mayoría de salas de suplicación han entendido que el incumplimiento empresarial de la obligación de registro de jornada, establecida precisamente, entre otras razones, para controlar y acreditar la posible realización de horas extraordinarias, determina que debe establecerse la presunción de su realización si se aportan indicios en tal sentido.

Así, la sentencia del TJS de Galicia 23 de junio 2022 (rec. 5087/2021)

«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 2020),.

La sentencia del TSJ Cataluña 14 de abril 2022 (rec. 6963/2021), en términos similares a la anterior, afirma que, a partir de 12/05/2019 (entrada en vigor del RD-Ley 8/2019 de 8 de marzo de 2019 ex DF 6ª), 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).

Esta Sala ya asumió este criterio en la sentencia núm. 314/2020, de 23 de septiembre, :

"Si bien, sin perjuicio de ello, la juzgadora a quo consideró no probadas las horas extras realizadas por el trabajador manifestando que "ninguna prueba se ha propuesto ni practicado al respecto sin que sea suficiente para estimar la pretensión la incomparecencia de la demandada, en cuanto que ningún indicio se aporta por la parte demandante de realización de horas extras, correspondiendo a la misma la carga de la prueba en virtud de lo previsto en el art. 217 LEC ." Añadiendo en la sentencia que "... se solicitó por el actor que se aportase el registro de horas de jornada de cada marinero a bordo, y el mismo no se ha aportado por la empresa, quien no ha comparecido a juicio, no puede por tal omisión estimarse la pretensión porque ningún indicio probatorio ha aportado el actor que permita hacer valer la ficta confessio..."

La no práctica o acreditación de incumplimiento de la empresa demandada y no puesta en conocimiento podría generar una indefensión dado que en base a tal no proposición de prueba se deniega la pretensión, cercenando la posible acreditación en modo alguno de tales hechos.

Y también en la posterior sentencia núm. 308/2022 de 9 junio, añadíamos el siguiente razonamiento, en un caso sustancialmente coincidente con el objeto de las presentes actuaciones:

"La Sala, examinades les actuacions i, en especial, l'informe de la Inspecció de Treball (aconteixement 129, parcialment reproduït al fet provat segon), ha d'estimar la denúncia, atès que, acreditada la manca parcial de descans setmanal (en prestar servei els dissabtes), la manca d'aportació dels registres de jornada i d'hores extres requerits, afegit al període de treball al que es refereix la reclamació (mesos d'abril a juny, amb més de 12 hores de llum solar, que possibilita la realització de la jornada invocada), considerem que, pel principi de disponibilitat probatòria (art. 217-7 LEC) i en correcte aplicació de la ficta confessió regulada als. 91-2 i 94-2 LRJS, obligaven a la magistrada d'instància, davant l'incompareixença de les demandades i la manca d'aportació de la documentació requerida (registres de jornada i hores extres), a considerar acreditada la superior jornada invocada o, alternativament, a motivar la raó de no fer-ho, obligació de motivació que no podem considerar satisfeta amb la mera referència a "que dicha afirmación no ha sido corroborada con prueba alguna", quan resulta que el demandant ha esgotat tots els mitjans al seu abast per acreditar la superior jornada, essent les demandades que no ho han possibilitat amb la seva actuació obstruccionista, en no comparèixer a judici ni aportar la documentació requerida."

A la luz de este criterio jurisprudencial y en aplicación del principio de disponibilidad probatoria establecido en el art. 217.7 LEC, precepto fundamental que subyace en la denuncia formulada por el recurrente, examinado en



su integridad el acto del juicio, consideramos que concurren indicios suficientes para establecer la presunción de la realidad de las horas extraordinarias reclamadas, ante la no aportación del registro diario de jornada:

Así, llama la atención que, en su contestación a la demanda, la demandada negara la realidad de las horas extras invocadas (detalladas en el anexo a la demanda) pero con el único argumento de que el demandante era socio de la empresa, sin formular una negativa explícita de que no las hiciera de ser considerado un trabajador, como finalmente ha sido. Por otra parte, el propio hecho probado quinto refleja que el restaurante cerraba los lunes, lo cual, tratándose de un pequeño restaurante con turno partido único (al servir almuerzos y cenas) atendido por los mismos trabajadores (como se infiere de la prueba practicada, de la documentación aportada y de las alegaciones de las partes), ya denota un exceso de jornada sólo por esta razón, y más en una isla como Ibiza en la que, como es público y notorio, los horarios del sector de la restauración se alargan hasta bien entrada la noche.

Por consiguiente, la magistrada de instancia, al no haber aplicado este criterio jurisprudencial ni el principio de disponibilidad probatoria y no establecer la presunción de concurrencia del exceso de jornada invocada ante los indicios del mismo, y aplicar el criterio jurisprudencial tradicional de exigencia al demandante de la carga probatoria, incurrió en la infracción del art. 217.7 LEC y del referido criterio jurisprudencial.

Ello no obstante, considera la Sala que la apreciación de tal infracción no debe determinar la anulación de la sentencia por cuanto, atendiendo al mandato del art. 202.2 LRJS, la Sala considera que tiene suficientes elementos de juicio para resolver la pretensión deducida, sin necesidad de acordar este remedio procesal extremo.

QUINTO.- Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, el segundo motivo de recurso postula la revisión de los hechos probados.

Previamente a su análisis y resolución, hemos de recordar los criterios jurisprudenciales para la viabilidad de toda revisión fáctica en el marco del recurso de suplicación:

A) Que se concrete el error padecido en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, ya positivo, cuando se declaren probados hechos contrarios a los que se desprende de tales medios, ya negativo, si se han omitido o negado los que se deducen de los mismos.

B) Que tales hechos resulten de forma clara, patente y directa de la probanza documental o pericial practicada, a concretar y citar por el recurrente, que sean literosuficientes o "hablen por sí mismos" sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, ya que ante la concurrencia de varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes o no coincidentes, deberá prevalecer la valoración o apreciación de tales medios probatorios con los que ha formado su convicción la Juzgadora de instancia, conclusiones obtenidas por la Juzgadora "a quo" a partir de la intermediación en la práctica, no siendo factible demostrar los errores de hecho acudiendo a conjeturas, suposiciones o interpretaciones o recurriendo a la prueba negativa, limitada a invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones de dicha Juzgadora.

C) Que se ofrezca, al invocar el motivo suplicacional analizado, el texto concreto o la versión que se entiende ha de figurar en la narración que se tacha de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos bien completándola.

D) Que las modificaciones sean trascendentes o relevantes para determinar un fallo distinto.

E) Finalmente, que no se plantee la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso, no pudiendo formularse novedosamente alegaciones por vez primera en la fase de recurso so pena de atentar contra el principio de igualdad de las partes en el proceso y de propiciar la efectiva indefensión a la parte recurrida.

A la luz de estos criterios, abordamos las dos revisiones postuladas:

Solicita el recurrente, en primer lugar, la inclusión de un nuevo hecho declarado probado, el séptimo, del siguiente tenor literal:

"SÉPTIMO.- El Establecimiento de Restauración estaba abierto 6 días a la semana (hecho no discutido, es más admitido expresamente en confesión) con un horario de 9.30 a 3 (tal consta en el AC 6, Documento 6 del ramo de prueba de la parte actora, no tachado ni discutido).

Esta primera revisión no podrá prosperar por cuanto, como es explícito en el razonamiento del recurrente, la concreción horaria se fundamenta en la prueba de interrogatorio y en la testifical, que carecen de eficacia revisoria en suplicación. Y, por otra parte, el hecho conforme el restaurante solamente cerraba un día a la semana ya se recoge en el hecho probado quinto.



-Por el contrario, sí debe prosperar la segunda revisión postulada, consistente en la supresión del hecho probado quinto de la afirmación " *No consta la realización por parte del actor de horas extra*", por cuanto se trata de una conclusión estrictamente jurídica que, además y como ya hemos avanzado, es resultado de la aplicación de unas reglas de valoración de la prueba obsoletas.

SEXTO. - Al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el último motivo denuncia la infracción de los arts. 34.9 y 35.5 ET, en relación con el artículo 94.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

El recurrente -después de exponer detalladamente la documentación requerida judicialmente a la demandada a instancia suya y no aportada al acto del juicio (justificantes de cotización a la Seguridad Social, TC1, TC2, retenciones de AEAT por las cantidades contenidas en las nóminas del trabajador, registros de jornada desde marzo de 2021 a fecha de 31/10/2021, cuadrantes de vacaciones de 2021, recibos de salarios, nóminas del trabajador desde fecha de 1/5/2020 a fecha de 31/12/2020, contrato de alquiler del local del restaurante)- aduce que la actuación obstructiva de la empresa, al no aportar tal documentación requerida, ha obrado en beneficio de la misma.

Y añade, a continuación, que, precisamente, la finalidad del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo en relación a la obligatoriedad del registro de jornada pretendía evitar los problemas probatorios suscitados en situaciones como la analizada en las presentes actuaciones:

"Una de las circunstancias que han incidido en los problemas del control de la jornada por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como en las dificultades de reclamación por parte de las personas trabajadoras afectadas por esa extralimitación horaria y que, a la postre, ha facilitado la realización de jornadas superiores a las legalmente establecidas o convencionalmente pactadas, ha sido la ausencia en el Estatuto de los Trabajadores de una obligación clara por parte de la empresa del registro de la jornada que realizan las personas trabajadoras.

Para abordar la censura jurídica formulada debemos empezar por recordar, a continuación, el tenor literal de los preceptos cuya infracción se denuncia:

1. Artículo 34.9 ET : *"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 empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.*

2. Artículo 35.5 del ET : *"A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente".*

3. Artículo 94.2 LRJS : *"Los documentos y otros medios de obtener certeza sobre hechos relevantes que se encuentren en poder de las partes deberán aportarse al proceso si hubieran sido propuestos como medio de prueba por la parte contraria y admitida ésta por el juez o tribunal o cuando éste haya requerido su aportación. Si no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada".*

Como ya hemos explicado anteriormente, en aplicación del nuevo art. 34.9 ET, la mayoría de salas de suplicación han entendido que el incumplimiento empresarial de la obligación de registro de jornada - establecida precisamente para controlar y acreditar la posible realización de horas extraordinarias- determina que debe establecerse la presunción de su realización si se aportan indicios en tal sentido.

Por consiguiente, a la luz de este criterio jurisprudencial y en aplicación del principio de disponibilidad probatoria establecido en el art. 217.7 LEC, como también hemos ya avanzado anteriormente, examinado en su integridad el acto del juicio, consideramos que concurrían en el presente casado indicios más suficientes para establecer la presunción de la realidad de las horas extraordinarias reclamadas, ante la no aportación del registro diario de jornada:

Así, llama la atención que, relacionadas con todo detalle y rigor, en el anexo a la demanda, las horas extraordinarias invocadas, en la contestación a la demanda, la demandada negara la realidad de las horas extras invocadas (detalladas en el anexo a la demanda) pero con el único argumento de que el demandante era socio de la empresa y no trabajador, sin formular una negativa explícita, subsidiaria a la anterior, de que no las hiciera de ser considerado un trabajador, como finalmente ha sido, lo cual ya constituye un primer indicio de su realidad.



Por otra parte, el propio hecho probado quinto refleja que el restaurante cerraba los lunes, lo cual, tratándose de un pequeño restaurante con turno partido único atendido por los mismos trabajadores (como se infiere de la prueba practicada, de la documentación aportada y de las alegaciones de las partes), ya denota un exceso de jornada sólo por esta razón, al margen del exceso de jornada diario consubstancial en un pequeño restaurante de temporada, y más -como es público y notorio- en la isla de Ibiza.

Por consiguiente, la magistrada de instancia, al no haber aplicado este criterio jurisprudencial, expresión del principio de disponibilidad probatoria, incurrió en la infracción del art. 217.7 LEC y en los arts. 34.9 y 35.5 ET que se denuncian como infringidos, debió establecer como acreditada la realidad del exceso de jornada detallado en el anexo de la demanda y, en consecuencia, cuantificar la indemnización derivada de la declaración de la improcedencia del despido en razón del superior salario que deriva del reconocimiento de tales horas extraordinarias, de carácter estructural, fijado en el suplico del recurso en 118,99€ diarios (con remisión al detalle que obra en el anexo de la demanda al que se remite, no negado en la contestación a la demanda ni desvirtuado en impugnación del recurso).

Ello determina, en definitiva, que -con estimación del recurso de suplicación, si bien en los términos ya expresados en el FJ IVº- y revocación parcial de la sentencia de instancia- deba fijarse la indemnización derivada de la calificación de la improcedencia del despido impugnado en 2.399,83€.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación formalizado por Oscar contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Eivissa, en sus autos número 874/2021, seguidos en reclamación por despido contra Pedro y FOGASA, y, con revocación parcial de la sentencia, fijar el importe de la indemnización derivada de la declaración de la improcedencia del despido en 2.399,83€, manteniéndose el resto de pronunciamientos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 218 y 220 y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. 221 y con las prevenciones determinadas en los artículos 229 y 230 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social.

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, **cuenta número0446-0000-65-0607-22** a nombre de esta Sala el **importe de la condena** o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Para el supuesto de **ingreso por transferenciabancaria**, deberá realizarse la misma al número de cuenta de **Santander** (antes **Banesto: IBAN ES55 0049-3569-92-0005001274**) y en el campo "Beneficiario" introducir los dígitos de la cuenta expediente referida en el párrafo precedente, haciendo constar el órgano "Sala de lo Social TSJ Baleares".

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros**, que deberá ingresar en la entidad bancaria **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, **cuenta número0446-0000-66-0607-22**.

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS, están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las



Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.
- b) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.
- c) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.

Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así se acuerda y firma.