

# Documento TOL7.764.084

## Jurisprudencia

**Cabecera:** PRIMERO.- La resolución judicial de instancia ha estimado parcialmente la pretensión del trabajador demandante que solicita de forma directa el despido nulo o, subsidiariamente, improcedente, discutiendo no sólo el salario sino también la aplicación del convenio colectivo, las horas de prestación de servicios durante la dualidad del trabajo, ya lo fuese como conserje y/o como socorrista, con exigencia de horas complementarias y nocturnas, tiempo efectivo de trabajo, en mención de un principio de carga probatoria, donde la juzgadora de instancia, siguiendo las pruebas testificales, de mensajes de WhatsApp y otros, atiende a un cómputo de tiempo de trabajo que considera efectivo (deniega el desplazamiento y cambio de uniforme, así como determinadas horas nocturnas y complementarias por falta de prueba), concluyendo que el despido fechado el 27 de julio de 2018 y reconocido por la empresa como improcedente (no ha habido actividad probatoria respecto de la nulidad), debe ser compensado en atención a un salario bruto diario de 33,51 euros diarios, con una indemnización final que fija en 368,61 euros, sin perjuicio de la opción por readmisión.

**Jurisdicción:** Social

**Ponente:** [Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa](#)

**Origen:** Tribunal Superior de Justicia de País Vasco

**Fecha:** 15/10/2019

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 1817/2019

**Número Recurso:** 1588/2019

**Numroj:** STSJ PV 3002:2019

**Ecli:** ES:TSJPV:2019:3002

### ENCABEZAMIENTO:

**RECURSO N.º:** Recurso de suplicación 1588/2019

**NIG PV 48.04.4-18/007580**

**NIG CGPJ 48020.44.4-2018/0007580**

**SENTENCIA N.º: 1817/2019**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 15 de Octubre de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/a Ilmos./Ilma. Sres./Sra. D./D.ª PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D.ª ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA y D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRÓN OCHOA, Magistrada/o, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Juan Luis contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 14 de mayo de 2019, dictada en proceso núm. 713/2018 sobre DSP, y entablado por Juan Luis frente a **ARRIZULE SERVICIOS EHDC SL** y **FOGASA**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRÓN OCHOA, quien expresa el criterio de la Sala.

### **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**.- El demandante D. Juan Luis ha venido prestando servicios para la empresa ARRILUZE SERVICIOS EHDC SL, con una antigüedad de 13/04/2018, con la categoría profesional de conserje, percibiendo un salario bruto diario de 33,51 euros, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

El actor prestaba sus servicios en la Real Sociedad de Golf de Neguri, calle Juan Vallejo Real de Asua, de Getxo.

El demandante suscribió con la empresa demandada en fecha 13 de Abril de 2018 un contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado consistente en "campo de golf de Neguri". La jornada de trabajo era a tiempo parcial, de 20 horas a la semana.

A partir del 15 de Junio de 2018 la jornada de trabajo del actor se redujo de 20 horas a la semana a 8 horas al mes (Doc. nº 3 del ramo de prueba de la empresa demandada).

Del 13 al 30 de Abril de 2018 el demandante realizó un exceso de 44,5 horas y en Mayo un exceso de 1 hora (hecho reconocido por la empresa demandada).

Se adjunta el contrato como Doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte actora.

El demandante suscribió con la empresa demandada en fecha 18 de Junio de 2018 y hasta el 15/09/2018 un contrato de trabajo temporal eventual por circunstancias de la producción, como socorrista, para atender a las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, a tiempo completo, con una jornada de 40 horas a la semana. El actor prestaba servicios en las piscinas de la Urbanización de Isuskiza- El Abanico de Plentzia, Barrio Isuskiza, s/n, Club Social de Plentzia. Causó el actor baja voluntaria en la empresa demandada el 31/07/2018, con efectos al 15 de Agosto de 2018.

Se adjunta el contrato como Doc. nº 2 del ramo de prueba de la parte actora.

Obran a los Folios 301 a 307 de los autos las nóminas del actor de Abril a Agosto de 2017.

**Segundo.-** El trabajo de conserje consistía en abrir por la mañana el portón de entrada y desconectar las alarmas, controlar el acceso en la barrera de entrada, rellenado partes diarios con la relación de personas que accedían al recinto), comprobar a la hora de cerrar que no quedaba nadie en las instalaciones, cerrar puertas y ventanas, apagar luces, conectar las alarmas, recoger los conos exteriores, cerrar el portón, tirar la basura y esperar unos minutos para comprobar que todo estaba correcto, finalizando su jornada unos 10 minutos después de la conexión marcándose

**Tercero.-** Es de aplicación a la relación laboral entre las partes el Convenio Colectivo del Sector Locales y Campos Deportivos de Bizkaia, publicado en el BOB de 26 de Abril de 2016, con la revisión salarial 2017 del Convenio Colectivo del sector Locales y Campos Deportivos de Bizkaia, publicado en el BOB de 9 de Febrero de 2017.

El artículo 1 del mismo, bajo la rúbrica de "ámbito funcional y territorial" señala:

" El presente Convenio Colectivo es de ámbito Provincial y obliga a todas las empresas que encuadra la reglamentación nacional de trabajo de Locales y Espectáculos afectos a la Agrupación de Deportes en la provincia de Bizkaia y que comprende los subgrupos siguientes: Piscinas, Frontones, Bolerías, Campos del Golf, Fútbol, Ferias de Muestras, Palacios de Deporte, tiro de Pichón, Deportes Náuticos, Hípicos, etc, y todo espectáculo que sea deportivo y precise personal para su desarrollo."

**Cuarto.-** El demandante recibió un SMS de la TGSS comunicándole que la empresa demandada le había dado de baja con fecha de efectos de 27 de Julio de 2018 (Folio 9 de los autos).

**Quinto.-** Entre el 13 de Abril de 2018 y el 30 de Junio de 2018 el demandante ha trabajado 79 días (hecho en el que están conformes ambas partes).

**Sexto.-** Obran a los Folios 52 a 58 de los autos, informe de actividad donde figuran las conexiones y desconexiones a la Central Receptora de Alarmas del 13 de Abril al 27 de Julio de 2018, emitido por la Real Sociedad de Golf de Neguri.

Se da por reproducido.

**Séptimo.-** El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical.

**Octavo.-** Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación con fecha 20/09/2018, con el resultado de sin avenencia (Folio 16 de los autos)."

**SEGUNDO .-** La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando en su petición subsidiaria la demanda formulada por D. Juan Luis frente a ARRILUZE SERVICIOS EHDC SL y frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo declarar y declaro la improcedencia de la decisión empresarial de extinción de la relación laboral con efectos al 27/07/2018, y en su consecuencia debo condenar y condeno a ARRILUZE SERVICIOS EHDC SL a que, en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, opte de forma expresa ante este Juzgado entre la readmisión del trabajador, o el abono de una indemnización de 368,61 euros, y, en caso de optar por la readmisión, a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 27/07/2018, hasta la notificación de esta Sentencia a razón de 33,51 euros/ día, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha Sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento.

Por último, procede absolver al FGS sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que proceda en ejecución de sentencia.

Notifíquese a las partes esta Sentencia."

**TERCERO .-** Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que no fue impugnado.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERO .-** La resolución judicial de instancia ha estimado parcialmente la pretensión del trabajador demandante que solicita de forma directa el despido nulo o, subsidiariamente, improcedente, discutiendo no sólo el salario sino también la aplicación del convenio colectivo, las horas de prestación de servicios durante la dualidad del trabajo, ya lo fuese como conserje y/o como socorrista, con exigencia de horas complementarias y nocturnas, tiempo efectivo de trabajo, en mención de un principio de carga probatoria, donde la juzgadora de instancia, siguiendo las pruebas testificales, de mensajes de WhatsApp y otros, atiende a un cómputo de tiempo de trabajo que considera efectivo (deniega el desplazamiento y cambio de uniforme, así como determinadas horas nocturnas y complementarias por falta de prueba), concluyendo que el despido fechado el 27 de julio de 2018 y reconocido por la empresa como improcedente (no ha habido actividad probatoria respecto de la nulidad), debe ser compensado en atención a un salario bruto diario de 33,51 euros diarios, con una indemnización final que fija en 368,61 euros, sin perjuicio de la opción por readmisión.

Disconforme con tal resolución de instancia el trabajador plantea Recurso de Suplicación que articula en al menos cinco revisiones fácticas múltiples, y otras tantas jurídicas, en un detallado medio de impugnación de hasta ochenta y cinco folios, que no es objeto de impugnación por la empresarial demandada, donde finalmente vendrá a solicitar un cálculo indemnizatorio, según los razonamientos que veremos, y lo elevará a 827,42 euros por lo que reclama ahora un pago de 458,81 euros (ya pagados 368,61).

No existe impugnación de la empresarial demandada y condenada.

**SEGUNDO.-** Los motivos de revisión fáctica esgrimidos al amparo del artículo 193 b) de la LRJS exigen recordar que el proceso laboral delimita, desde la Ley de Bases 7/89, la exigencia de un Recurso de Suplicación como medio de impugnación extraordinario propio de una única instancia

con cierta naturaleza casacional que solo puede interponerse por motivos tasados, expresos y circunstanciados sin que el Tribunal pueda acceder al examen, con modificación de la resolución de instancia, mas que cuando exista un error en la apreciación de los medios de prueba que consten en el procedimiento, ya sea positivamente, por recoger hechos contrarios a los que se desprenden de la actividad probatoria, o negativamente, por omisión de tales que del mismo modo se desprenden de dichas pruebas. Además el padecimiento del error debe ser palpable y evidente, con trascendencia en el Fallo y variación del procedimiento, y por lo mismo con independencia de su certeza o veracidad.

La revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación pero, en todo caso, evidenciándose las pruebas documentales o periciales que obrando en autos, y siendo concretamente citadas por el recurrente, son base para descubrir, al margen de cualesquiera otros medios probatorios, la infracción normativa de que deriva.

Así respecto de la prueba documental el éxito de la motivación fáctica del recurso extraordinario exige que los documentos alegados sean concluyentes, decisivos y con poder de convicción o fuerza suficiente para dejar de manifiesto el error del Magistrado de instancia, sin lugar a dudas.

En lo que respecta a la prueba pericial, y al margen de la discrecionalidad o apreciación libre del Magistrado de instancia, tan sólo el desconocimiento o ignorancia de su existencia, o la contradicción por emisión de variados informes o dictámenes, hacen que el sentido de la apreciación pueda ser contradictorio permitiendo a la Sala la valoración en conjunto que concuerde con la de instancia o concluya de manera diferente.

En lo que respecta al caso concreto de la presente pretensión del trabajador recurrente que induce inicialmente a modificaciones múltiples que vamos a detallar, comenzaremos por la que denomina ser referencia a las jornadas de trabajo y horario de conserje; detalla hasta en sesenta y nueve modificaciones, según infiere de la prestación de servicios que va del 13 de abril al 20 de julio de 2018, atendiendo no sólo a los partes aportados por la empresa (incluso con referencia a los no aportados), así como a las fotografías de los chats de los WhatsApp, y sobre todo a las documentales de las centrales de alarmas y su soporte. La exigencia de grandes precisiones, en las sesenta y nueve modificaciones peticionadas de los trabajos prestados en los días concretos como conserje y en los horarios que delimita, hacen inexigible a esta Sala su pormenorización exquisita, tal cual ha reflejado en el hacendoso medio de impugnación extraordinario efectuado con gran pulcritud y detalle, pero que permitirá a la sazón y a la postre advertir por esta Sala que casi de cada una de las reseñas de días y horarios, a que atiende el recurrente en su modificación fáctica de una prestación de servicios como conserje, pueden inferirse de las pruebas que entendemos como documentales correspondientes a los partes aportados (ya haremos alusión a los no aportados con carga probatoria), y al menos en las documentales de las centrales de reservas, sin perjuicio de una discusión para con la validez del medio probatorio en Suplicación que se corresponden con las fotografías y WhatsApps (véanse Recursos 605/19 y 1952/18 entre otros).

En ese sentido admitiremos las versiones de días y horarios de prestaciones de servicios como conserje que relata el recurrente.

Del mismo modo vamos a aceptar la segunda gran modificación fáctica que explaya ahora una prestación de servicios con la jornada y horario de socorrista (de 11:30 a 20:30 horas), en lo que se refiere a los días 18 de junio a 31 de julio (con la salvedad del 1 de julio, así como la del 13 al 15, del 18 al 23 y el 30 de julio por libranza). Y es que nuevamente, las certificaciones documentales y los partes de trabajo que confieren las fichas de control y las salidas de la prestación de servicios de conserje, ya analizadas dan una referencia que esta Sala entronca y compagina con los horarios específicos y documentados para socorrista, sin perjuicio de que nuevamente surjan las dudas de las fotografías de los chats de WhatsApp y su condición de medios probatorios referenciados y posibles en Suplicación. No podemos olvidar la relación entre una prestación de servicios y otras (conserje y/o socorrista) y los días concretos de prestación de servicios documentados, que hemos dado como buenos para conserje en relación a los partes de trabajo obrantes, máxime cuando se relacionan con la actual revisión referida a los horarios de trabajo efectivo como socorrista y se inferen nuevamente de los partes aportados (no aportados) e incluso de las centrales de alarma y sus documentales (folios 52 a 58).

Por ello la tercera revisión fáctica también podrá tener éxito en lo que se refiere al cálculo de horas complementarias, que delimita nuevamente el recurrente en los días de prestación de servicios que efectuó desde un centro de trabajo a otro (18 a 21, 24 a 28 de junio, 1 a 5 y 9 de julio), aun cuando no podremos dar como hecho notorio un tiempo de desplazamiento sin tráfico que peticiona, en tanto en cuanto creemos que deviene innecesario, en lo que al cálculo económico de las horas complementarias se dirá, máxime cuando nuevamente tales referencias quedan documentadas en las revisiones fácticas previas.

Y así puede abordarse la cuarta revisión fáctica para denegar la propuesta que la juzgadora de instancia ha advertido de un exceso horario en abril y mayo, que la recurrente tan sólo pretende especificar que ha sido reconocido por la propia empresarial, lo cual deviene a todas luces innecesario para la finalidad última y la trascendencia del recurso (nuevo recálculo indemnizatorio).

La quinta revisión fáctica, que dice en relación al Hecho Probado segundo, al objeto de constatar la falta de cumplimiento de la empresa con el requerimiento de la documentación realizada por el Juzgado, de manera injustificada y voluntaria, nuevamente deviene inoperante al entenderse simple y llanamente una consideración jurídica de cara a la infracción de derecho, más que a la constatación fáctica del incumplimiento empresarial respecto de su carga probatoria.

En resumidas cuentas procedemos a la estimación parcial de la revisión fáctica propuesta, en lo que se considera una prestación de servicios dual (conserje-socorrista) con las pormenorizaciones de días y horarios que delimitan no sólo una prestación de servicios a tiempo parcial, sino también unas horas complementarias y finalmente horas nocturnas, que se pueden inferir de las actividades probatorias que con valor de documental han sido aportadas por la demandante y que se constituyen en unos documentos probatorios suficientes, que sin mayores deducciones o interpretaciones entran en contradicción con la fijación de unos horarios y una problemática de idoneidad para con el detalle de preceptiva especificación del tiempo de trabajo.

**TERCERO.-** En lo que se refiere a las revisiones jurídicas, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada, incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos el trabajador recurrente vendrá a denunciar no sólo la infracción del artículo 12.4.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación al 94.2 de la LRJS y 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que se refiere a la carga probatoria del cumplimiento de los horarios de trabajo documentados, por falta de aportación de la empresarial de los partes diarios en una prestación de servicios a tiempo parcial, con

ausencia de registro de la jornada y su aportación al procedimiento, pero al menos con una documentación fijada en la revisión fáctica aceptada (incluso en los folios 431 a 439 habría copia de aquellos partes no aportados); además de la infracción del artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación al 2.1 de la Directiva 2003/88, de 4 de noviembre, en relación a la consideración de trabajo efectivo, permanencia, puesta a disposición, actividades y funciones que debe delimitar no sólo para el cambio de uniforme sino para el desplazamiento; y finalmente la infracción de los artículos 36 y 85.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación al 10 del Convenio Colectivo para con la posibilidad de efectuar una prestación de servicios que sea considerada con un abono de nocturnidad (a partir de las 22:00 horas y sin perjuicio del cifrado del artículo 10 del Convenio que habla de relevos); hacen que la última denuncia de infracción de los artículos 6, 9 y 10 del Convenio Colectivo en relación a los artículos 12, 26, 35, 36, 37 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y otros preceptos, referidos al cálculo indemnizatorio, permitan, como veremos, una estimación de la revisión del salario bruto diario del trabajador a efectos del cálculo de la indemnización por despido, que se ha intentado justificar en la instancia y que ahora esta Sala debe confirmar, por cuanto, como veremos a continuación, los recálculos efectuados en relación a una prestación de servicios aumentada, que hemos admitido en la revisión fáctica, permiten a esta Sala también llegar al cálculo de salario bruto de 75,22 euros diarios, prorrateando no sólo las horas ordinarias de 12,17 euros/hora sino también la posibilidad de horas nocturnas que conllevan un incremento de 3,65 euros, la festiva antes de las 22:00 horas, 9,13 euros y la festiva después de las 22:00 horas de 2,74 euros, salvo error u omisión, que no ha sido objeto de discusión al faltar la impugnación precisa de la empresarial demandada, y alcanza un recálculo que puede cuantificar en 827,42 euros. Por lo que a lo ya abonado de 368,61 euros esta Sala ya aceptará la exigencia de devengo de la diferencia que pormenoriza la recurrente en 458,81 euros.

Y es que no le falta razón al trabajador recurrente, y al trabajo específico, plausible y exquisito de su representante jurídico, cuando tiende a denunciar no sólo un tiempo de trabajo con unas jornadas acreditadas de manera diferenciada y aumentada, sino una realidad de medio probatorio y carga que viene referida a un cómputo y control del tiempo de trabajo ( artículos 20.3 y 34.5 del Estatuto de los Trabajadores) y también a un trabajo efectivo y tiempo de presencia, cuyos requisitos y términos no son siempre antitéticos y excluyentes ( Sentencia TJUE 1 de diciembre 2005 (C-14 / 04 ) , donde se dijo que el trabajador está en el ejercicio de su actividad, siempre que esté a disposición del empresario y que permanezca en el trabajo, con distinta consideración a efectos retributivos y cómputo, que la doctrina judicial a veces ha deteriorado por falta de prueba efectiva, puntual y exigible, en materias como las de horas extraordinarias u otras, discutiendo y matizando sólo el trabajo efectivamente realizado (expectativas, tiempos de presencia, esperas u otros), sino también computando necesidades de reconocimientos médicos, tareas previas, realización del mismo trabajo (encendidos, limpiezas, aseos o incluso en vigilancia y seguridad recogidas de armas y uniformes), a veces denegando desplazamientos desde el domicilio o retornos, pero exigiendo unas nociones de jornada que no siempre son unívocas en conceptos más propios de sociología, para con la denominada presencia física o servicios efectivamente prestados, en una denominación de jornada efectiva de trabajo como tiempo que computa con un contenido laboral propio de concreción en un puesto de trabajo, eligiendo los tribunales una metódica actividad probatoria que se ha querido solventar por el legislador en una exigencia paulatina de imposición de obligación de establecer un sistema de control o registro diario de la jornada que ya preconizaba la anterior Sentencia de la Audiencia Nacional del 4 de diciembre de 2015 y que exigió finalmente la posterior de 19 de febrero de 2016, donde a pesar de la primera lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017 (número 246), con dos Votos Particulares, no llegó a afirmar que el registro de jornada era un requisito constitutivo para controlar los excesos. Lo cierto es que *de lege ferenda* las partes convinieron la exigencia de una reforma legislativa que clarificara una obligación de llevanza de un registro horario, facilitando la carga de la prueba al trabajador de la realización de excesos (en general horas extraordinarias y otras).

Todo lo cual ha venido a quedar convenientemente saldado en la reciente Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 14 de mayo de 2019 (C-55/18) que cuestiona la adecuación de la legislación española sobre el tiempo de trabajo a la citada Directiva y que ya provocó que nuestro legislador mediante el 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, llevase a cabo la reforma, mediante su artículo 10 de registro de jornada, del artículo 34 párrafo 7 y 9º del Estatuto de los Trabajadores, exigiendo a las empresas la garantía de un registro diario de la jornada, aun cuando no sea de aplicación al supuesto de autos, (no olvidemos que es una prestación de servicios de 2018) y admite un cambio de apreciación jurídica y judicial con efectos de 12 de mayo de 2019, y sin perjuicio de los criterios interpretativos que han exigido no sólo la Guía con el registro de jornada que ha elaborado el propio Ministerio de Trabajo, sino también el Criterio Técnico 101/2019, de 10 de junio, sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada, con una aplicación práctica muy variopinta.

Y es que además, en nuestro supuesto de autos, no podemos olvidar que estamos ante una prestación de servicios a tiempo parcial, que exige un control del tiempo de trabajo con un sistema reglado que pauta el artículo 12.4.c) del Estatuto de los Trabajadores, que ha sido verdaderamente incumplido por la empresarial demandada, y ahora por el parecer y criterio de la juzgadora de instancia. No en vano el discurso argumentativo-judicial debe traer a colación pruebas suficientes, indicios y prestaciones de servicios (aquí convenientemente documentados), insistiendo en que la fuerza probatoria y el poder de disposición permiten constatar una obligación constitucional para descubrir la veracidad, desconectando presiones de pruebas difíciles o diabólicas, que pueden causar indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución, y removiendo obstáculos o dificultades, para que en los litigios de acreditación no pueda repercutir la carga probatoria de la contraparte, en lícito beneficio de no ostentar propia torpeza de ocultación haciendo, que nuestra doctrina académica y judicial, ya para las horas extraordinarias, o para otras exigencias de cómputo de prestaciones de servicios, atiende promover a un aspecto protector de la alegación con indicio y prueba media, evitando a ultranza actitudes empresariales pasivas, con incumplimientos de obligaciones legales (generalmente en horas extraordinarias), que pueden extrapolarse a otros elementos de convicción sobre períodos asimilados a tiempo de trabajo efectivo, como son los que aquí discutiremos, los cambios de uniforme y desplazamiento, entre ambas profesiones (conserje y socorrista).

Por ello no le queda ninguna duda a esta Sala que la resolución de instancia infringe el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores e indirectamente el 94.2 de la LRJS, así como el 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la carga probatoria de la inaplicación y esfuerzo empresarial respecto del registro horario diario, en esta prestación de servicios en pluriempleo a tiempo parcial, conllevaba una exigencia de una demostración inversa, donde el alegato y prueba mínima del trabajador debería haber conllevado lo que esta Sala ahora corrige de prestación de servicios y abono económico indemnizatorio.

Ni que decir tiene que incumbe la razón al trabajador recurrente no sólo en incumplimiento empresarial de la exigencia y prueba del registro horario obligatorio de la jornada a tiempo parcial, sino también en el resto de conceptos de tiempo registrable, como tiempo de trabajo efectivo, donde no discutimos bocadillos, comidas, toma y deje pruebas, formaciones o disponibilidades, sino que en el supuesto de autos abordamos los conceptos simplemente de uniforme y desplazamiento, que compaginan los horarios ya contabilizados y recogen la especificidad al caso, por tratarse de un prestación de servicios sucesiva con finalización de labores de conserje e inicio de socorrista, que fácilmente pueden amalgamarse en la contabilización de un tiempo de trabajo efectivo evidente que debe considerar el criterio judicial de pauta del registro diario.

Si a ello unimos que de la revisión fáctica aceptada, y de la prestación de servicios constatada, existe una evidente realidad de un efectivo trabajo más allá de las 22:00 horas, la constatación inequívoca del artículo 36.2 del Estatuto de los Trabajadores frente al artículo 10 del Convenio Colectivo aplicable al caso, hace inexigible que se trate de una prestación de servicios de relevo cuando, como principio de norma mínima necesaria, ya el Estatuto de los Trabajadores preconiza que la nocturnidad acontece a partir de las 22:00 horas. Por lo que nuevamente el ámbito de la negociación colectiva no puede suplantar, reducir o disminuir, el estatutario mínimo, y en el supuesto de autos no puede condicionarse la exigencia del plus de nocturnidad con devengo prestacional en forma y manera de un relevo, cuando el trabajo es nocturno por su propia naturaleza a partir de las 22:00 horas (así reproduce la recurrente nuestra Sentencia de 3 de julio de 2018, número 1443).

Por todo lo mencionado, y en conclusión, no puede sino estimarse el Recurso de Suplicación del trabajador recurrente, y aun cuando no podamos abordar la exigencia de intereses moratorios, por cuanto estamos ante cálculos indemnizatorios, volvemos a entender que debe reconocerse la diferencia de indemnizatoria que supone el cálculo ya exployado en el inicio de esta fundamentación jurídica, donde la indemnización del despido improcedente debe elevarse a 827,42 euros (de los 368,61 reconocidos inicialmente), por lo que existe un adeudo complementario que debe efectuarse en cuantía de 458,81 euros, s.e.u.o.

**CUARTO.-** Como quiera que el trabajador recurrente no sólo goza del beneficio de justicia gratuita sino que ve estimando su Recurso de Suplicación, en atención al artículo 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas.

**FALLO:**

Que ESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por Juan Luis contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 2019 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Bilbao (Bizkaia) en proceso núm. 713/2018 y entablado por el hoy recurrente frente a **ARRIZULE SERVICIOS EHDC SL y FOGASA** .

Se revoca parcialmente la resolución de instancia en el sentido de considerar que el cálculo indemnizatorio por el despido improcedente reconocido se eleva a ochocientos veintisiete euros con cuarenta y dos céntimos (827,42 €) (no 368,61), por lo que queda por abonar una cuantía de cuatrocientos cincuenta y ocho euros con ochenta y un céntimos (458,81 €) a que deberá hacer frente la empresarial demandada.

Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

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

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

E/

---

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

**ADVERTENCIAS LEGALES.-**

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros** .

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1588-19.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1588-19.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.