



Roj: **STSJ M 6684/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:6684**

Id Cendoj: **28079340032023100458**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/05/2023**

Nº de Recurso: **1381/2022**

Nº de Resolución: **454/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA OFELIA RUIZ PONTONES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930/1931,914931951

Fax: 914931958

34002650

NIG: 28.079.00.4-2022/0042325

Procedimiento Recurso de Suplicación 1381/2022

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid Procedimiento Ordinario 384/2022

Materia: Reclamación de Cantidad

Sentencia número: 454/2023-C

Ilmos. Sres

D./Dña. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

D./Dña. OFELIA RUIZ PONTONES

En Madrid a diecinueve de mayo de dos mil veintitrés habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 1381/2022, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. JOSE MANUEL RUIZ LOPEZ en nombre y representación de D./Dña. Juana , contra la sentencia de fecha 27/09/2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 384/2022, seguidos a instancia de D./Dña. Juana frente a FARMACIAS TREBOL SL, en reclamación por Reclamación de Cantidad,

siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. **D./Dña. OFELIA RUIZ PONTONES**, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

" **PRIMERO.**- La actora D^a Juana inició la prestación de servicios por cuenta y orden de la empresa demandada el 09.04.2008, si bién le fue reconocida una antigüedad de 04.01.2002, mediante la suscripción de un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, en los términos obrantes a los folios 846 a 848 de autos, que se dan por reproducidos.

SEGUNDO.- La actora ostenta una categoría profesional de Directora de Márketing, Ventas y Compras, formando parte de la Dirección de la Compañía de la empresa demandada y percibe un salario anual bruto con inclusión de la parte proporcional de pagas **extraordinarias** de 56928,44 euros desglosados en los siguientes conceptos:

Salario Fijo 54798,12 euros y parte proporcional del vehículo puesto a su disposición por la empresa 2135,24 euros.

TERCERO.- Anualmente la actora percibe 2400 euros a través de una tarjeta Solred de gasolina y cantidades variables en concepto de gastos de representación.

CUARTO.- La empresa demandada ha puesto a disposición de la actora un vehículo de renting con un coste anual de 5374,92 euros, que la actora utiliza, tanto para uso profesional como para uso personal.

QUINTO.- La jornada de trabajo ordinaria de los trabajadores de la empresa demandada incluida, la actora, es de 40 **horas** semanales, con horario flexible tanto en el inicio como en el fin de la jornada; la empresa demandada durante el año 2021 no ha llevado registro horario de la actividad de su plantilla.

SEXTO.- Desde enero a septiembre de 2021 la prestación laboral en la empresa demandada lo ha sido bajo la modalidad de teletrabajo.

SÉPTIMO.- La actora ha permanecido en situación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, en el periodo comprendido entre el 27.12.2021 y el

25.01.2022.

OCTAVO.- La actora ha disfrutado vacaciones en los siguientes periodos: 04 a 07 de enero de 2021 16 de agosto a 03 de septiembre de 2021

NOVENO.- Se da por reproducido el Reglamento interno del personal de la empresa demandada, al obrar a los folios 1030 a 1048 de autos.

DÉCIMO.- Con fecha de 14.02.2022 la actora solicitó a la empresa demandada una reducción de jornada por guarda legal durante una **hora** diaria; Con fecha 09.03.2022 la actora solicitó que la reducción de jornada fuera aplicada sobre una jornada laboral de 35

horas semanales en los términos obrantes al folio 932 de autos que, se da por reproducido.

UNDÉCIMO.- Con fecha 28.02.2022 la actora remitió un burofax a la empresa demandada reclamando el importe de 73069,03 euros en concepto de **horas extraordinarias** realizadas en el año 2021.

DUODÉCIMO.- La empresa demandada se dedica a la actividad de perfumería, coordinación y márketing de establecimientos farmacéuticos.

DÉCIMO TERCERO.- Con fecha 28.02.2022, la actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC de Madrid, celebrándose el acto el 24.04.2022 que resultó sin avenencia, formulándose demanda ante el Juzgado de lo Social Decano de Madrid en fecha 21.04.2022."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:



" Que desestimando la excepción de prescripción y desestimando la demanda formulada por D^a Juana materia de reclamación de cantidad contra la empresa Farmacias Trebol, S.L. DEBO DE ABSOLVER Y ABSUELVOLVO al referido demandado de los pedimentos deducidos en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Juana , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 16/12/2022, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 11/05/2023 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- la parte demandante formaliza recurso de suplicación, por lo motivos b) y c) del art. 193 LRJS., recurso impugnado por la demandada.

El Tribunal Supremo -Sala IV- en sentencia del Pleno de 23/07/2020, dictada en el recurso 239/2018, establece como requisitos para que prospere la modificación de los hechos probados:

"a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos].

b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

5º) La revisión pretendida ha de ser trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, en principio con potenciales efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico. No obstante, se puede admitir la revisión cuando la misma refuerza argumentalmente el pronunciamiento de instancia (sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012, recurso 19/2011, o 15 de diciembre de 2015, recurso 34/2015, entre otras). (sentencia del TS de 19 de febrero de 2020, recurso 169/2018 , y las citadas en ella).

Además, "la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" [...] Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor. En definitiva, no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador a quo ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario [...] en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (sentencias del TS de 6 de junio de 2012, recurso 166/2011 ; 19 de febrero de 2020, recurso 183/2018 y 17 de marzo de 2020, recurs 17 de marzo de 2020, recurso 136/2018 , con cita de otras muchas).

Estamos ante un recurso de carácter extraordinario, y que el art. 193 b) no permite la reconsideración plena del material probatorio; posibilitando únicamente un examen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas (de carácter documental o pericial), se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Con lo que esta configuración legal condiciona sobremanera las posibilidades reales de que se produzca en este recurso de suplicación, la revisión de hechos probados, para evitar con ello que este recurso se convierta en una segunda instancia. No puede pretender el recurrente, que la Sala realice una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una

determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado.

SEGUNDO.- El recurrente al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, solicita 28 adicciones o revisiones, basadas en la prueba documental, que se centra en siete hechos probados y por razones de claridad se analizan conjuntamente las revisiones o adicciones solicitadas respecto a cada hecho probado.

1º Respecto al hecho probado SEGUNDO, las adicciones que solicita se contiene en el número 4,5,y 6.

Solicita la adición: *" Conforme al organigrama de la empresa, Olegario es el*

CEO y director general, superior inmediato de la actora, y existe un director de área al frente de cada área de trabajo de la empresa, salvo en la dirección de la actora, que es el Área de Compras, Ventas, Marketing, en el que figura la actora como directora del Área y Pio como Marketing Manager, aunque con el mismo nivel en el organigrama; a su vez, este área es la única que se divide en dos subáreas, una de compras, y otra de ventas y marketing, al frente de cada una de las cuales hay una subdirectora."

Se apoya en folio 786 de los autos, y corresponde con el documento n.º 31 prueba de la actora.

Solicita la adición *" El marketing manager Pio, contratado el 4/05/2022, tiene un sueldo anual de 65.000 €, a jornada de 40 horas, sin que exista representación sindical en la empresa"*.

Se apoya en folios 944 a 948 de las actuaciones la finalidad es acreditar que el sueldo de la parte actora es mayor del señalado en la sentencia porque este señor tiene jornada de 40 y es del mismo nivel jerárquico que la actora y misma área,

Solicita la adición *"El vehículo puesto a disposición de la actora por la empresa es un Nissan Qashqai 1.5dci N-connecta 4x2"*.

Se apoya en folio 799 y 800 donde consta que la empresa contrata Un Leaseplan Go un coche de las características que se han expresado, así como las fechas de puesta a disposición.

La relevancia de esta modificación tiene relación con el salario de la actora.

No procede la adición porque en el hecho probado segundo consta el salario que percibe la demandante señalando el salario fijo y la parte proporcional del vehículo puesto a su disposición por la empresa y no se ha solicitado la supresión de este hecho probado, solo se han solicitado adicciones.

2º.- Solicita la modificación del hecho probado tercero en los números 8 y 9.

Solicita la siguiente adición *El valor de un Nissan Qashqai de 5 puertas en junio de 2022 oscila entre 26.825 € y 44.225 €."*

Se apoya en el documento obrante en folio 811 donde se señala los precios de oscilación de estos coches y es necesario para determinar el salario teniendo en cuenta que el coche hasta septiembre de 2021 se utilizó solo para fines privados porque no se tenía que ir a la oficina. La oscilación de precios aparece claramente en el letrado.

Solicita la adición: *"La actora percibió en 2021 en concepto de Kilometraje 1.000 € conforme a sucesivas notas de gastos, con el siguiente desglose:*

- * 84 € de enero (folio 802 de las actuaciones)*
- * 84 € de febrero (folio 802 de las actuaciones)*
- * 84 € de marzo (folio 802 de las actuaciones)*
- * 84 € de abril (folio 802 de las actuaciones)*
- * 84 € de mayo (folio 807 de las actuaciones)*
- * 336 € de junio, julio, agosto y septiembre (folio 805 de las actuaciones)*
- * 252 € de octubre noviembre y diciembre (folio 808 de las actuaciones."*

Se apoya en el documento 34. Folios 801 a 810.

Señala que No consta que haya ningún documento, ni prueba testifical ni de ningún otro tipo que pueda servir de base para que se concrete esa afirmación como hecho probado., de lo que se desprende que pretende la supresión del hecho probado tercero

No procede la revisión ni la adición porque en el hecho probado segundo se ha señalado el salario y no ha sido objeto de petición de supresión.

3º.-Solicita la modificación del hecho probado cuarto, propone como nueva contenido " CUARTO.- La empresa demandada ha puesto a disposición de la actora un vehículo de renting que la actora utiliza tanto para uso profesional como para uso personal. Los 12 importes mensuales de renting pagados por la empresa en el año 2021 fueron 542,12 € (enero de 2021), 542,81 € (febrero de 2021), 554,07 € (marzo de 2021), 554,07 € (abril de 2021), 541,97 € (mayo de 2021), 541,97 € (junio de 2021), 541,97 € (julio de 2021), 541,97 € (agosto de 2021), 541,97 € (septiembre de 2021), 541,97 € (octubre de 2021), 541,97 € (noviembre de 2021), 541,97 € (diciembre de 2021)".

Se apoya en los documentos obrantes en folios 867 y 910 y sirven para acreditar el salario en especie.

No procede la revisión porque en el hecho probado segundo, cuya supresión no se ha solicitado, fija el salario incluido el importe del vehículo puesto a su disposición.

4º.- Respecto al hecho probado QUINTO las revisiones o adicciones se solicitan en los números 1,3,24,25,26 y 27 .

Solicita la adicción "La actora envió a Olegario el 27/05/2020 un email con título "situación actual al límite" en el que denunciaba que estaba mal por estar sobrecargada y no poder más, y llevar tiempo diciéndolo sin que le escuchara; que se despertaba todas las noches a las 4 h AM con temas de trabajo en la cabeza, que tiene mucha ansiedad todo el día y ganas de llorar, y que trabaja todos los días entre 10 y 11 **horas**. Que la simple petición de espaciar más las reuniones le molestó y que de momento no cree poder siquiera hablar directamente del asunto, para evitar ponerse a llorar. Y Olegario responde el mismo día sin negar nada, para afirmar que no era consciente y que reflexionará".

Se apoya en el correo remitido el 27/05/2020, folio 815 considera que acredita que ya se había puesto en conocimiento la existencia de largas jornadas por el medio habitual de comunicación que era el correo sobretodo en año 2020 y 2021 y acreditan la existencia de **horas extraordinarias** - y de no aceptarse se premia a la empresa que omite el registro de la jornada.

Solicita la adicción "El miércoles 19/01/2021, la actora remitió a Sandra , directora de talento y cultura de la empresa, un email en el que le pedía medir las cargas de trabajo de todo el equipo de la actora, por estar sobrecargados de trabajo en todo el departamento y no de manera puntual, porque además de tener a dos personas enfermas tomando diazepam, se ponen a llorar cada dos por tres, y la actora cree que es por la sobrecarga de trabajo y estrés. El mismo día, Sandra contesta a la actora que ese problema está muy extendido en la empresa."

Se apoya en documento 42 folio 821 anverso y reverso.

Se acepta la adicción solicitada porque constan los correos sin perjuicio de la transcendencia para variar el fallo de la sentencia.

Solicita la adición " La actora rectificó el error de otro contrato previo de trabajo, mediante enmienda manuscrita salvada con firmas adicionales de empleada y empleador, celebrado con el empresario Torcuato , de 1/01/2003, presentado en la oficina de empleo el 30/01/2003, en el que se añadió que el nivel de estudios de la empleada era licenciada, en la casilla que se había dejado sin cumplimentar."

Sirve para acreditar que la actora si es proactiva a corregir los errores.

Solicita la adición: El mismo Torcuato es uno de los tres miembros actuales del consejo de administración de la demandada y uno de los tres socios principales de Farmacias Trébol, S.L."

Se apoya en las escrituras obrantes en folios 234 a 260 y sirve para acreditar que el número de **horas** de la jornada no era un error.

No procede la adición porque no es objeto de controversia la conducta o aptitud de la recurrente cuando firmo otro contrato en otra ocasión .

Solicita la adición "La jornada de trabajo ordinaria de los trabajadores de la empresa demandada es de 40 **horas** semanales, con horario flexible tanto en el inicio como en el fin de la jornada. Sin embargo, además de la actora, tienen contratada una jornada de 35 **horas** a jornada completa las siguientes personas: Vicenta , (folio 1058),

Marí Jose (folio 1061) y Marí Luz (folio 1063); la empresa demandada durante el año 2021 no ha llevado registro horario de la actividad de su plantilla"

Se apoya en los folios que cita y quiere acreditar que hay más personas a jornada completa de 35 **horas**.

Estas revisiones no se aceptan porque no tiene transcendencia para variar el fallo teniendo en cuenta que la demanda lo es por reclamación de **horas extraordinarias** y es controvertido si se han realizado o no las mismas

y en su caso el precio de la **hora** y lo que debe acreditarse es si la actora realizó **horas extraordinarias** y hecho que la jornada ordinaria de la empresa incluida la actora es de 40 **horas** se ha declarado probado de la valoración de la prueba documental y testifical y de los documentos invocados no se desprende error en la valoración de la prueba que incumbe a la Magistrada.

Solicita la adicción " *La falta de registro de jornada en la empresa se acordó así expresamente en reunión del comité de dirección de 29/04/2019, en el que se dejó constancia de que el sistema de registro estaba ya preparado, pero se decidió no implantarlo de momento*".

Se apoya en los folios 783 y 784 .

Esta revisión no procede por innecesaria porque ya consta que la empresa durante el año 2021 no ha llevado registro horario y a los efectos de esta Litis es indiferente donde se acordó.

5º.- La revisión que solicita del hecho SEXTO las señala con los números 10 a 22 , solicitando las siguientes adicciones:

"La actora envió emails de trabajo a la empresa en enero de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 18/01/2021 a las 7:04 (folio 483) y a las 19:46 **horas** (folio 485).
- El 21/01/2021 a las 7:27 (folio 492) y a las 20:22 **horas** (folio 493).
- El 22/01/2021 a las 8:14 (folio 494) y a las 20:42 **horas** (folio 495).
- El 28/01/2021 a las 8:12 (folio 497) y a las 20:44 **horas** (folio 498).
- El 29/01/2021. Más de 13 **horas** de diferencia y por tanto, de trabajo.

"La actora envió emails de trabajo a la empresa en febrero de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 2/02/2021 a las 8:12 (folio 504) y a las 20:39 **horas** (folio 505).
- El 3/02/2021 a las 8:12 (folio 507) y a las 20:04 **horas** (folio 508).
- El 5/01/2021 a las 6:53 (folio 509) y a las 21:55 **horas** (folio 510).
- El 8/02/2021 a las 7:11 (folio 511) y a las 20:23 **horas** (folio 513).
- El 12/02/2021 a las 8:06 (folio 516) y a las 20:26 **horas** (folio 518).
- El 17/02/2021 a las 6:57 (folio 521) y a las 20:09 **horas** (folio 523-).
- El 23/02/2021 a las 8:23 (folio 525) y a las 19:59 **horas** (folio 526).
- El 24/02/2021 a las 6:58 (folio 527) y a las 19:48 **horas** (folio 528).
- El 25/02/2021 a las 7:24 (folio 529) y a las 20:31 **horas** (folio 530).
- El 26/02/2021 a las 7:11 (folio 532) y a las 19:21 **horas** (folio 533).

"La actora envió emails de trabajo a la empresa en marzo de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 3/03/2021 a las 6:59 (folio 534) y a las 20:23 **horas** (folio 535).
- El 5/03/2021 a las 7:12 (folio 536) y a las 20:32 **horas** (folio 538).
- El 10/03/2021 a las 6:42 (folio 540) y a las 20:39 **horas** (folio 542).
- El 11/03/2021 a las 6:56 (folio 543) y a las 19:35 **horas** (folio 547).
- El 15/03/2021 a las 7:02 (folio 549) y a las 21:09 **horas** (folio 550).
- El 16/03/2021 a las 6:54 (folio 551) y a las 19:40 **horas** (folio 552).
- El 17/03/2021 a las 7:24 (folio 555) y a las 19:40 **horas** (folio 556).
- El 23/03/2021 a las 7:25 (folio 557) y a las 20:04 **horas** (folio 558).
- El 30/03/2021 a las 7:24 (folio 559) y a las 20:32 **horas** (folio 560)."

La actora envió emails de trabajo a la empresa en abril de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 8/04/2021 a las 7:00 (folio 561) y a las 20:19 **horas** (folio 562).
- El 16/04/2021 a las 7:48 (folio 563) y a las 21:08 **horas** (folio 567).
- El 20/04/2021 a las 7:21 (folio 569) y a las 21:31 **horas** (folio 571).



- El 23/04/2021 a las 8:57 (folio 572) y a las 21:35 **horas** (folio 573).
- El 26/04/2021 a las 7:13 (folio 574) y a las 21:26 **horas** (folio 575).
- El 27/04/2021 a las 7:04 (folio 576) y a las 20:16 **horas** (folio 577).

La actora envió emails de trabajo a la empresa en mayo de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 7/05/2021 a las 8:02 (folio 578) y a las 21:12 **horas** (folio 579).
- El 18/05/2021 a las 7:50 (folio 580) y a las 21:09 **horas** (folio 581).
- El 21/05/2021 a las 9:27 (folio 584) y a las 21:17 **horas** (folio 587).
- El 24/05/2021 a las 7:32 (folio 590) y a las 21:21 **horas** (folio 593).

La actora envió emails de trabajo a la empresa en junio de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 4/06/2021 a las 7:13 (folio 594) y a las 20:21 **horas** (folio 595).
- El 16/06/2021 a las 9:03 (folio 598) y a las 20:51 **horas** (folio 600).
- El 17/06/2021 a las 9:14 (folio 601) y a las 21:24 **horas** (folio 603).
- El 18/06/2021 a las 8:04 (folio 605) y a las 21:14 **horas** (folio 604).
- El 23/06/2021 a las 7:10 (folio 606) y a las 22:38 **horas** (folio 607).

"La actora envió emails de trabajo a la empresa en julio de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 6/07/2021 a las 7:56 (folio 611) y a las 19:53 **horas** (folio 613).
- El 14/07/2021 a las 7:04 (folio 614) y a las 19:54 **horas** (folio 615).
- El 26/07/2021 a las 7:38 (folio 616) y a las 22:31 **horas** (folio 617).
- El 27/07/2021 a las 8:00 (folio 618) y a las 20:18 **horas** (folio 620).
- El 28/07/2021 a las 7:39 (folio 621) y a las 19:19 **horas** (folio 622)."

"La actora envió emails de trabajo a la empresa en agosto de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 3/08/2021 a las 8:30 (folio 624) y a las 19:08 **horas** (folio 625) .
- El 4/08/2021 a las 8:58 (folio 627) y a las 20:38 **horas** (folio 628).
- El 5/08/2021 a las 8:33 (folio 630) **horas** y a las 19:44 **horas** (folio 631).
- El 13/08/2021 a las 8:57 (folio 633) y a las 18:50 **horas**. (folio 634)."

La actora envió emails de trabajo a la empresa en septiembre de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 9/09/2021 a las 9:05 (folio 635) y a las 21:13 **horas** (folio 637).
- El 17/09/2021 a las 7:01 (folio 640) y a las 20:28 **horas** (folio 641).
- El 28/09/2021 a las 10:11 (folio 647) y a las 23:43 **horas** (folio 648).
- El 30/09/2021 a las 8:48 (folio 649) y a las 21:00 **horas** (folio 650)."

"La actora envió emails de trabajo a la empresa en octubre de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 14/10/2021 a las 7:18 (folio 651) y a las 20:17 **horas** (folio 652).
- El 15/10/2021 a las 7:19 (folio 653) y a las 20:22 **horas** (folio 654).
- El 21/10/2021 a las 8:00 (folio 656) y a las 22:00 **horas** (folio 658).
- El 27/10/2021 a las 6:35 (folio 659) y a las 19:31 **horas** (folio 660)."

"La actora envió emails de trabajo a la empresa en noviembre de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 10/11/2021 a las 8:31 (folio 664) y a las 20:55 **horas** (folio 662).
- El 16/11/2021 a las 8:57 (folio 665) y a las 20:50 **horas** (folio 666).
- El 26/11/2021 a las 8:57 (folio 667) y a las 23:14 **horas** (folio 664).
- El 29/11/2021 a las 7:41 (folio 670) y a las 21:07 **horas** (folio 671)."

La actora envió emails de trabajo a la empresa en diciembre de 2021 en las siguientes **horas**:

- El 7/12/2021 a las 8:23 (folio 672) y a las 20:50 **horas** (folio 673).
- El 10/12/2021 a las 8:52 (folio 675) y a las 20:28 **horas** (folio 677).
- El 13/12/2021 a las 8:00 (folio 678) y a las 19:25 **horas** (folio 680).
- El 16/12/2021 a las 8:19 (folio 681) y a las 20:16 **horas** (folio 682).
- El 27/12/2021 a las 7:56 (folio 683) y a las 23:41 **horas** (folio 685)."

Proceden las adicciones solicitadas porque se desprende del tenor de los correos sin perjuicio de la trascendencia para el fallo: "La actora tuvo en 2021 el calendario de reuniones que figuran en el documento 26 de la prueba de la demandante, que tienen lugar entre las 9 de la mañana y las 6-7 de la tarde, que figura entre los folios 713 y 765."

No procede esta adición porque de los mismos no se desprende con claridad que se desarrollan reuniones entre estas **horas** .

6º Respecto al hecho probado SEPTIMO solicita la modificación y la acción de un nuevo contenido: "La actora ha permanecido en situación de incapacidad temporal por causa de ansiedad, en el periodo comprendido entre el 27.12.2021 y el 25.01.2022".

"El 27/12/2022 la actora envió un mensaje por whatsapp a Olegario en el que le informaba que desde ese día se encuentra de baja médica derivada de estrés laboral, acordada por su doctora que la había estado monitorizado varias semanas con ansiedad por el trabajo que no la dejaba dormir; se quejaba la actora de que todo el trabajo pendiente de hacer no se podría sacar ni en las 24 **horas** del día. El día 10/01/2022, en respuesta a una pregunta de Olegario, la actora le responde que ha podido descansar pero todavía con días de mucha ansiedad en que siente ganas de llorar con que sólo le pregunten cómo está, que no sabe qué le pasa y va a ir a un psicólogo."

Se apoya en los folios 708 a 712, y 816 a 820.

Se desestima la adición porque para el resultado de este pleito es indiferente la causa de la baja por incapacidad temporal y el diagnóstico de la misma .

7º Solicita la adición en el hecho probado noveno que no existe representación legal ni sindical en la empresa entre 20110 y 2022 de los trabajadores.

Invoca los documentos 935 a 1021.

No procede la adición porque se trata de un hecho negativo impropio de figurar como hecho probado.

TERCERO.- Al amparo del art. 103 c) LRRJS alega:

A) la infracción del artículo 3.1 ET ,de los artículos 1.282 y 1.288 del Código Civil; y ello en la medida en que la sentencia que se recurre atribuye eficacia jurídica a un "reglamento interno" redactado por la empresa, y sin firma de la trabajadora ni de representante legal alguno de los trabajadores. Y no se ha interpretado el contrato de la actora en relación con los otros contratos de 35 **horas** de otros empleados diferentes a la actora, ni se ha resuelto la supuesta oscuridad del contrato en contra de quien lo ha redactado, que es la empresa

Debemos tener en cuenta que se reclaman **horas extraordinarias** que la demandante entiende que son todas las que superan las 35 **horas** semanales y la empresa las que superan las 40 **horas** , señalando la actora que se han superado habitualmente en exceso estas jornadas y la empresa que no ha realizado **horas extraordinarias**

El Reglamento de régimen interno puede valorarse como un documento privado, aunque la contraparte impugne su autenticidad, pues documentos privados se han de valorar conforme a las reglas de la sana crítica, puestos en relación con el resto de prueba y elementos de convicción, y no cabe atribuir a los mismos valoración tasada alguna (artículos 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 1218 a 1230 del Código Civil).

Estando concebido el proceso laboral como un proceso de única instancia, en el que la valoración de la prueba está atribuida al juzgador de instancia, lo cierto es que la magistrada de instancia, ha valorado que la actora tenía una jornada de 40 **horas** semanales , con horario flexible tanto en el inicio como en la finalización de jornada y ha interpretado el contrato de la actora y entiende que a pesar de poner 35 **horas** debe entenderse que es de 40 **horas** porque señala que es a jornada completa , da valor al Reglamento de Régimen Interior como una prueba más y a la prueba testifical y señala que la jornada es de 40 **horas**

No se ha producido las infracciones que alega el recurrente.

B) Infracción de los arts. artículos 34.9 y 35.5 ET en relación con los artículos 14 y 18.1 de la ley de trabajo a distancia y previamente los mismos artículos 14 y 18.1 del Real Decreto-ley 28/2020 de 22 de septiembre; y ello

en la medida en que la sentencia no ha declarado que ante el incumplimiento de la obligación de la empresa de llevar un registro de jornada, se debe invertir la carga de la prueba y es la empresa la que debe acreditar que las **horas extraordinarias** no se han producido., alega que se han aportado indicios de los jornadas prolongadas y que la empresa no tiene un sistema de control , no acredita el horario de la trabajadora y que el tener flexibilidad horaria no impide realizar **horas extraordinarias** y que el testigo , es un auxiliar administrativo que realiza un trabajo de menos responsabilidad que la actora y la recurrente no puede dejar el trabajo inacabado , se debe respetar la jornada máxima legal aunque estuviera en teletrabajo , garantizar el derecho a la desconexión.

Invoca STS 246/2017, de 23 de marzo, que 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 empresa es la que debe acreditar que no se ha trabajado en el periodo desde la primera a la última conexión, se ha descontado la **hora** de comer., que incluso envió correos denunciando las excesivas jornadas y las **horas extraordinarias** como habituales y la empresa no acredita la tramitación de esta denuncia, o que se hubieran adoptado medidas para eliminar la sobrecarga de trabajo o la

sistemática extensión de las jornadas de trabajo La empresa reconoce expresamente que el problema de la sobrecarga de trabajo es un problema generalizado y no se acordó establecer un control de jornada Señala que el envío de un email acredita que ya antes de esa **hora** se ha empezado a trabajar (normalmente un email requiere un trabajo previo de organización de lo que se va a hacer, de pensar lo que se va a decir y de redactarlo, todo ello previo al propio envío); y por otra parte, el último email del día no significa tampoco que justo a esa **hora** se haya dejado de trabajar. Y aun así, bastan esos emails para acreditar lo dilatado de las jornadas de la demandante de manera habitual.

Las STSJ invocadas por las partes no constituyen jurisprudencia.

El art. 35 del Estatuto de los trabajadores dispone que "Tendrán la consideración de **horas extraordinarias** aquellas **horas** de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior" que se remite en cuanto a la duración de la jornada de trabajo a lo pactado en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La STSJ, Social sección 5 del 31 de enero de 2022 Sentencia: 56/2022 Recurso: 754/2021 señala : " La acreditación de las **horas extraordinarias** corresponde al actor que reclama, excepto en el caso de acreditarse la realización de una jornada superior de modo constante y reiterado en el tiempo. Y a la **hora** de probar las **horas extraordinarias** realizadas, el trabajador tendrá a su favor el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , norma que sin embargo, no permite sin más, presumir la realización de **horas** extras cuando no se lleva su registro por el empresario, aún cuando juega en contra de quien no lo lleva, siempre que el trabajador acredite que sí las realizó (sentencia del Tribunal Supremo n.º 246/2017 de 23 marzo (RJ 2017\1174).

En efecto, tras la modificación operada a través del RD 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, el art. 34.9 del ET 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."

El Preámbulo de esta última disposición estableció la finalidad de la reforma, aludiendo a la necesaria adaptación de la normativa española a "la interpretación que de la Directiva 2003/88/CE (LCEur 2003, 3868) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se viene manteniendo desde las instituciones europeas, en concreto desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea". En este contexto, la STJUE de 14-5-2019, asunto C-55/18 , señaló que " para garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y del derecho fundamental consagrado en el artículo 31, apartado 2 , de la Carta, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador".

En dicha norma, a través de su artículo 10 se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para regular el registro de jornada, y señala su exposición de motivos: " 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. Con ello, se facilita la resolución de discrepancias en cuanto a la jornada y, en consecuencia, sobre el salario, y se sientan las bases para acabar con un elemento de precariedad de las relaciones laborales, reconociendo el papel de la negociación colectiva."

Así las cosas, siendo el empresario quien tiene la obligación de llevar un registro de la jornada efectuada, tiene a su alcance de forma plena los instrumentos probatorios destinados a su acreditación. Y en virtud de dicho principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 de la LEC) corresponde a la empresa,

ante las afirmaciones contenidas en la demanda sobre la jornada de trabajo por el trabajador, desmontar e argumentación por ser la única de las partes del litigio que tenía en su mano la capacidad para hacerlo mediante la aportación de los registros correspondientes."

En el presente supuesto si bien es cierto que no constan aportados tales registros de jornada, no estamos ante una presunción iuris et de iure, y para que proceda tal inversión probatoria, es preciso que existan cuando menos indicios de que el trabajador pudiera hacer el horario que afirma realizar. Esto es, si bien es cierta la obligación de la empresa de llevar tal registro diario de jornadas, para que el incumplimiento lleve a invertir la carga de la prueba, no basta con acreditar esa falta de registro y alegar la realización de **horas** extras, sino que debe darse un panorama indiciario suficiente de la realización de los excesos de jornada que permitan una mínima cuantificación, y probados tales excesos procedería la estimación de la reclamación.

La parte recurrente realiza alegaciones sobre la valoración que la magistrada debió dar a la prueba practicada, que debe tenerse en cuenta que el testigo que declaro sobre la jornada es un auxiliar administrativo que tiene menos responsabilidad que la demandante y que los distintos correos deben servir para acreditar la realización de las **horas extraordinarias**.

Como se ha dicho la valoración de la prueba le incumbe a la Magistrada de instancia, la prueba testifical es de libre valoración por el juez.

Respecto a los distintos correos enviado- y cuya adición se ha estimado en la revisión de los hechos probados, - la magistrada ya ha valorado los correos enviados por la demandante a las **horas** marcadas en los mismos y valora que no reflejan un trabajo efectivo y continuado cuando la misma prestaba servicios desde su domicilio y tampoco los viajes realizados son sinónimo de exceso de jornada La valoración de la prueba le incumbe a la Magistrada y no se constata error en la valoración.

No consta en los hechos probados que exista un intercambio de correos de la actora con la empresa que le obligue a enviar los correos que señala en las **horas** que constan, de los mismos solo se desprende que envió esos correos a la **hora** que dice, pero no se desprende que realice actividad en el tiempo que transcurre entre los distintos correos. Consta en los hechos probados que existía flexibilidad en la **hora** de entrada y salida.

Los indicios aportados sobre la realización de **horas extraordinarias** se han destruido por la prueba practicada.

Estando concebido el proceso laboral como un proceso de única instancia, en el que la valoración de la prueba está atribuida al juzgador de instancia, lo cierto es que la magistrada de instancia, en el presente supuesto señala que no está acreditado que la demandante realizase las **horas extraordinarias** que reclama.

No se ha producido la infracción que alega.

C.-) Alega vulneración de los artículos 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 3.1 del mismo cuerpo legal, antes citado; en relación con el artículo 43.1.1.b de la Ley del Impuesto sobre la

Renta de las Personas Físicas; y ello en la medida en que la sentencia ha determinado un salario inferior al que se desprende de la remuneración en especie que no aparece en nómina, y de la retribución de supuestos gastos de kilometraje

ficticios., alega que debe tenerse en cuenta que el coche se ha utilizado en el año 2021 para fines particulares hasta septiembre por estar en modalidad de teletrabajo y los gastos de combustible deben computarse.

Como se ha señalado al solicitar la revisión de los hechos probados, en el hecho probado segundo consta el salario que percibe la actora y se cuantifica la parte proporcional del vehículo puesto a disposición de la actora por la empresa Este hecho ha sido objeto de revisión para solicitar tres adiciones pero no se ha solicitado la supresión del contenido del hecho segundo que consta en la sentencia.

Por ello se desestima el motivo y el recurso

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación 1381/2022 formalizado por el/la LETRADO D./Dña. JOSE MANUEL RUIZ LOPEZ en nombre y representación de D./Dña. Juana, contra la sentencia de fecha 27/09/2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 384/2022, seguidos a instancia de D./Dña. Juana frente a FARMACIAS TREBOL SL, en reclamación por Reclamación de Cantidad y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. SIN COSTAS.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-1381-22 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828- 0000-00-1381-22.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.