



Roj: **STSJ AND 19271/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:19271**

Id Cendoj: **29067340012019101878**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2019**

Nº de Recurso: **949/2019**

Nº de Resolución: **1929/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GOMEZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

### **SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN**

### **MALAGA**

N.I.G.: 2906744S20170011885

Negociado: **PC**

**Recurso: Recursos de Suplicación 949/2019**

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 11 DE MALAGA

Procedimiento origen: Procedimiento Ordinario 880/2017

Recurrente: Modesto

Representante: **DAVID BERNARDO NEVADO**

Recurrido: NARBOPA INSTALACIONES Y MANTENIMIENTOS S.L

Representante: MARIA DEL CARMEN ZAVALA MEDINA

**Sentencia Nº 1929/2019**

**ILTMO. SR. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. RAMON GÓMEZ RUIZ,**

**ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ**

En la ciudad de MALAGA a veinte de noviembre de dos mil diecinueve

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, , compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente:

### **S E N T E N C I A**

En el Recursos de Suplicación interpuesto por Modesto contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 11 DE MALAGA, ha sido ponente el **Ilmo./Ilma Sr. /Sra D. / RAMON GOMEZ RUIZ.**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por Modesto sobre Procedimiento Ordinario siendo demandado NARBOPA INSTALACIONES Y MANTENIMIENTOS S.L habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 12/02/2019 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.



**SEGUNDO.-** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

1º.- D. Modesto , ha prestado sus servicios para la demandada, desde el 25.04.2016 al 31.05.2017, con la categoría profesional de oficial de primera (hecho no controvertido).

2º.- El actor firma con la demandada contrato de trabajo temporal, para desarrollar su obra o servicio en el Barrio Hebrero UTE 42 viviendas en Melilla. En el mismo contrato se establece que la empresa demandada tiene su domicilio social en Lugar Finca La Lira nº 1 sito en Málaga, y esta misma dirección aparece en el contrato como centro de trabajo del trabajador (documento nº 2 de la demandada).

3º.- La empresa demandada ha celebrado contrato de arrendamiento en el domicilio en la CALLE000 nº NUM000 , NUM001 en Melilla, y el trabajador demandante lo ha usado en su estancia en Melilla (documento nº 6 de la demandada).

4º.- El actor consta dado de alta desde el 04.05.2016 en el empadronamiento de la Ciudad de Melilla en la CALLE000 nº NUM000 , NUM001 (documento nº 7 del actor).

5º.- La empresa demandada compró billetes para el actor en el trayecto Málaga-Melilla, siendo su salida el 24.04.2016 (documento nº 9 de la demandada).

6º.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de Siderometalurgia de Melilla.

7º.- A la parte actora se le comunica por la demandada la finalización de su obra en fecha 31.05.2017 (hecho no controvertido).

8º.- El actor ha recibido ingreso por transferencia de finiquito , por la cantidad de 2.114 euros por los conceptos que se indican en el finiquito, entre los que se encuentran: nomina de mayo, salario base, p.p. paga extraordinaria, plus convenio, transporte, vacaciones e indemnización fin de contrato (documento nº 3 de la prueba de la demandada).

9º.- El horario diario de trabajo del actor era de 08: 00 a 13: 30 y de 15: 00 a 17: 30 (documento nº 7 de la demandada y testifical de D. Luis Carlos ).

10º.- El actor tenía que compensar horas de trabajo porque por razón de tener que volver el fin de semana a Málaga desde Melilla se iba algunos viernes antes de terminar su jornada y/o volvía el lunes por la mañana, de forma que iniciaban su jornada de trabajo más tarde, según llegarán desde Málaga a Melilla en avión o barco, y que les suponía iniciar su jornada más tarde de las 08: 00 horas (testifical de D. Luis Carlos y documental nº 9 de la demandada).

11º.- La parte actora presentó papeleta de conciliación ante el CEMAC; se celebró y finalizó con el resultado de intentado sin efecto.

**TERCERO.-** Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO :** Ejercitó la parte actora en la demanda originadora de los presentes autos acción de Reclamación de cantidad que no obtuvo suerte favorable en la instancia, al razonar el magistrado de instancia en cuanto a la reclamación de diferencias por Convenio colectivo aplicable que no es atendible su pretensión de que se aplique el Convenio Colectivo de Siderometalurgia de Málaga y sí el de Melilla ni tampoco la pretensión de horas extras, pretensión que la parte actora mantiene en esta vía del Recurso de Suplicación, y a la que se opone la empresa demandada alegando que no es de aplicación el Convenio postulado ni sus condiciones al actor.

**SEGUNDO :** Frente a la sentencia que desestimó la demanda interpuesta en reclamación de cantidad, formula la parte actora Recurso de Suplicación, articulando un motivo por el cauce del párrafo a) del art. 193 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social solicitando la nulidad de actuaciones, un motivo de revisión de los hechos declarados probados por el cauce procesal del art. 193.b de la Ley Procesal Laboral, y cuatro motivos de censura jurídica encaminados al examen del derecho aplicado en la misma por el cauce procesal del art. 193.c de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social al entender que infringe los arts. 3, 82.3 y 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, 3.1 y 1281 del Código Civil, y los respectivos que cita del Convenio Colectivo de Siderometalurgia de Málaga, realizando diversas alegaciones y, sin solicitar la nulidad de actuaciones en el suplico del Recurso de Suplicación, solicitando la estimación íntegra de la demanda y consiguiente condena al abono de las cantidades reclamadas.



**TERCERO** : En el primer motivo del Recurso de Suplicación por el cauce del párrafo a) del art. 193 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, denuncia la parte recurrente la infracción del 217.7 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, 94.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social y 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, y 24.2 de la Constitución española y doctrina judicial que cita, como la STS en RCU 2129/13, realizando diversas alegaciones impugnando la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo y el incumplimiento de las normas de la carga de la prueba en relación con las horas extras al no tener la empresa demandada registro de jornada.

Constituye deber inexcusable de los Tribunales velar por la legalidad y el estricto cumplimiento de las normas procesales, en cuanto cauce de todo ordenamiento jurídico, teniendo declarado que para que un quebrantamiento de norma procesal comporte la nulidad de actuaciones son precisas cuatro circunstancias: a) Que se invoque por el recurrente de modo concreto la norma que se entiende violada; b) que se haya infringido la referida norma procesal, c) que haya causado indefensión, y, d) que se haya formulado oportunamente protesta por la infracción en el acto del juicio.

En este sentido, en doctrina consolidada del Tribunal Supremo - STS 13 marzo 1990, 13 mayo y 31 julio 1991 y 22 julio 1992 entre otras muchas-, se recoge y establece el carácter excepcional de la declaración de nulidad de actuaciones como consecuencia de defectos procesales, pues se trata de una medida extrema que ha de aplicarse con criterio restrictivo evitándose inútiles dilaciones originadoras de negativas consecuencias para la celeridad y eficacia que deben inspirar las actuaciones judiciales art. 74,1 LPL, de manera que sólo debe accederse a tal pretensión en supuestos excepcionales, doctrina que se recoge en las Sentencias de esta Sala, entre ellas la nº 1.413/2.002 de 19-7-02 con cita de la de otras Salas, y así se dijo que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y Jurisprudencia del Tribunal Supremo seguida por esta Sala, que la nulidad de actuaciones es una medida excepcional que ha de acordarse con criterio restrictivo para no comprometer el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española, derecho en cuyo contenido se integra una solución del fondo del asunto sin dilaciones indebidas, procediendo solo cuando realmente se produce infracción de normas o garantías procesales que causen indefensión para alguna de las partes litigantes y se haya formulado si el momento procesal lo permite la oportuna protesta, y que la nulidad de actuaciones es un remedio extraordinario dada la notoria conmovición procedimental que supone tanto para las partes como para los principios de celeridad y economía procesal, teniendo declarado el Tribunal Constitucional, entre otras en Sentencias nº 90/1983, 117/1986 y 139/1987 y las más recientes 91/1991 de 25 abril, 109/1991 de 20 mayo, 172/1992 de 6 septiembre, y 179/1992 de 19 septiembre, que las formas y requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia en la recta ordenación de los procesos judiciales siempre que su previsión legal responda a una finalidad adecuada y no constituya exigencia excesiva, desproporcionada o irrazonable.

Y, en el caso de autos, no quedan cumplidas las indicadas condiciones exigidas para determinar la nulidad reclamada, que tiene carácter de remedio extraordinario, y al ser salvable en esta vía dado que se alega por la parte recurrente error en la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo y el incumplimiento de las normas de la carga de la prueba en relación con las horas extras al no tener la empresa demandada registro de jornada, al gozar la parte recurrente de las vías procesales de los apartados b y c del art. 193 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social.

A ello se añade que son de aplicación los razonamientos contenidos en las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 1424/18, 2292/18 y 6/19, al declarar que "Ahora bien, tal motivo de nulidad formalmente articulado no podrá ser en ningún caso acogido por la Sala cuando con el mismo en ningún momento reclama el demandante la nulidad de la sentencia de instancia, limitándose además en el suplico de su recurso -y nos referimos a la 2ª versión, una vez supuestamente corregidos el cúmulo de errores de la 1ª originaria- a reclamar meramente la revocación de la sentencia. Y ello además entendemos es así al amparo de la más reciente doctrina jurisprudencial en la materia, contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 08.11.2017 en la que, tras recordar que el artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene establecido que en ningún caso podrá el Juzgado o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese Tribunal, viene a indicar que de tal precepto "... se desprende que los recurrentes están obligados a solicitar de forma expresa la declaración de nulidad de la sentencia recurrida, si esto es lo que pretenden con la articulación de un motivo de recurso en el que imputan a dicha resolución vicios o defectos en tal sentido, sin que baste para ello que el motivo pudiese haberse planteado formalmente al amparo de la letra c) del art. 207 LRJS, cuando en su redactado no se incluye una clara y precisa petición de nulidad, y se limita- como es el caso de autos-, a poner simplemente de manifiesto las supuestas incongruencias y contradicciones de la sentencia, a modo de crítica genérica y previa a su contenido, que no se encauza posteriormente bajo el paraguas de la preceptiva solicitud de nulidad en forma...", y en el caso que se analiza ahora en el presente Recurso de



Suplicación la parte recurrente se limita a pedir en el suplico del Recurso de Suplicación la revocación de la sentencia recurrida.

En consecuencia, no puede declararse la nulidad pretendida y debe rechazarse dicho motivo del recurso de Suplicación interpuesto.

**CUARTO** : En el primer motivo que interesa la revisión fáctica pretende la parte recurrente la supresión del hecho probado 6, la modificación de los ordinales nº 1 y la adición de nuevos hechos probados con el ordinal nº 12 a 16 con la redacción que propone, que se dan por reproducidas, respectivamente, y en base a la documental que cita, realizando diversas alegaciones.

Es doctrina jurisprudencial consolidada la de que es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral en instancia única y al no existir en el proceso laboral Recurso de apelación, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, de manera tal que en el Recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente con arreglo al artículo 193.b) de la Ley Procesal Laboral pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador a quo hubiera podido incurrir, y que para que prospere la revisión de hechos probados solicitada al amparo del artículo 193 b) de la Ley de Procedimiento Laboral deben concurrir los siguientes requisitos: 1) Que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considere equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) Que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica tildada de errónea, bien sustituyendo a algunos de sus puntos, bien complementándolos; 3) Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría.

Y la revisión pretendida debe acogerse en cuanto a la supresión del hecho probado 6 por su carácter predeterminante del fallo al ser la misma cuestión jurídica a resolver en el motivo de censura jurídica y Fundamentos de derecho, y la aplicabilidad del Convenio colectivo a la relación laboral debe examinarse y concluirse al examinar el motivo de censura jurídica.

Y no puede ser acogida en cuanto al resto pues no cumple los expresados requisitos pues no llega a cumplir el de evidenciar por documental invocada de forma directa el error del juzgador con trascendencia a los fines del fallo como se verá, por lo que no puede ser acogida al prevalecer con arreglo a reiterada doctrina legal, la valoración de la prueba practicada realizada por la juez a quo, a cuyo libre y ponderado criterio corresponde como dispone el art. 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, pues dicha valoración, efectuada en uso de la facultad que le viene atribuida legalmente, debe ser respetada y mantenida, siempre y cuando no se demuestre el error padecido por el juzgador, no pudiéndose suplantar la apreciación valorativa de este último por la subjetiva del impugnante.

Ello es así, pues no existe documento que evidencie el error del juzgador de manera clara y directa y patente y sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables como las que realiza la parte recurrente, siendo así además que en todos los casos los documentos invocados fueron tenidos en cuenta y valorados por el magistrado de instancia que llegó a la conclusión fáctica que ahora se impugna, como fruto de la valoración de la prueba practicada en uso de la facultad concedida en base al principio de inmediación sin que el recurrente logre demostrar por prueba hábil el error del juzgador.

A ello se une en cuanto a la modificación del hecho probado 2 y la adición de un nuevo hecho probado 14. que carece de trascendencia para alterar el signo del fallo, pues ya constan y se recogen en los hechos probados y Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida los elementos de hecho que se interesan y precisos para resolver la acción ejercitada, y tampoco en cuanto al nuevo hecho probado 16 pues, pese a la alegación que se realiza, la determinación del Convenio colectivo aplicable no depende de la voluntad de las partes.

Y tampoco puede prosperar en cuanto a la adición de nuevos hechos probados con el ordinal nº 12 y 15, pues no evidencia la parte recurrente el error en la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo y no se deduce las adiciones fácticas que se pretenden de prueba documental de forma directa y evidente, tanto en



cuanto a los trabajos en Málaga que no se deducen sin duda de la documental en que se apoya, ni la realización de horas extras que postula, a lo que se añaden las conclusiones y razonamientos contenidos en la sentencia recurrida al respecto de forma no desvirtuada por la parte recurrente.

A que la revisión de los hechos probados se funda en documentos ya tenidos en cuenta y valorados por el magistrado de instancia sin que se evidencie error en la valoración de la prueba practicada por medio probatorio hábil en esta vía, se añade que no basta alegar que no resulta acreditado en ningún caso la modificación de lo expresamente pactado por escrito, pues no basta alegar la inexistencia de prueba o la inexistencia de documentos pues como declara esta Sala de forma reiterada entre otras en las Sentencias de la Sala en Recursos de Suplicación nº 1738/05, 2117/16, 874/17 y 904/18 no es suficiente alegar la inexistencia de prueba o la inexistencia de documentos para privar de valor a la valoración de la prueba realizada por el juez a quo, ni permitiendo el Recurso de Suplicación, dado su carácter extraordinario, que el Tribunal Superior pueda efectuar una nueva ponderación de la prueba, la que corresponde al juez de instancia en base al principio de inmediación que le faculta para valorar libremente con arreglo a la sana crítica la testifical practicada sin que esta valoración de la prueba testifical sea controlable por la Sala, y la conclusión fáctica alcanzada sólo puede desvirtuarse por documentos o pericias, que son los únicos medios probatorios hábiles y eficaces en esta vía con arreglo al citado apartado b del art. 193 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, los que como se dice no se invocan sin que baste alegar la inexistencia de los mismos, toda vez que la doctrina judicial es tajante - sentencia del Tribunal Supremo de 23.04.2012- que declara que "... la mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho...".

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

**QUINTO** : En la sentencia recurrida se exponen en los hechos probados las conclusiones fácticas y en los Fundamentos de derecho los razonamientos que llevan al Juzgador a quo a la parte dispositiva de la sentencia recurrida, razonando el magistrado de instancia que "Y en este punto el art. 1 del Convenio de siderometalurgia Melilla señala: " *El presente Convenio afecta a las Empresas dedicadas a la actividad Siderometalúrgica, tanto en el proceso de producción como en el de transformación en sus diversos aspectos y almacenaje. Comprendiéndose así mismo aquellas empresas, centros de trabajo o talleres en los que se lleven a cabo trabajos de carácter auxiliar, directamente relacionados con la siderometalúrgica o tareas de instalación, montaje y reparación incluidas en dicha rama*". Y el art. 2 del mismo texto legal: "*El presente convenio será de aplicación en la ciudad de Melilla*". Por su parte el art. 1 del CC de Málaga indica que " *el convenio será de aplicación en Málaga y provincia, incluso para aquellas empresas que, ubicadas en esta provincia, tengan su sede social fuera de la misma*". Visto lo anterior, debemos señalar que el art. 1.5 ET dispone " *5. A efectos de esta ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral*". El conjunto normativo anterior nos sirve para entender la razón por la que consideramos aplicable el Convenio Colectivo de siderometalurgia de Melilla y no el de Málaga. Así, entendemos de la prueba practicada que el actor ha prestado sus servicios únicamente en la Ciudad de Melilla, y así se infiere de los hechos probados de 2º a 5º de donde se extrae que: \* Desarrolla su obra o servicio en el Barrio Hebrero UTE 42 viviendas en Melilla; \* La empresa demandada ha celebrado contrato de arrendamiento en el domicilio en la CALLE000 nº NUM000 , NUM001 en Melilla, y el trabajador demandante lo ha usado en su estancia en Melilla (documento nº 6 de la demandada); \* El actor consta dado de alta en el empadronamiento de la Ciudad de Melilla en la CALLE000 nº NUM000 , NUM001 , y lo hace desde el 04.05.2016 (documento nº 7 del actor); \* La empresa demandada compró billetes para el actor en el trayecto Málaga-Melilla, siendo su salida el 24.04.2016 (documento nº 9 de la demandada). Sentado lo anterior, es un hecho acreditado que únicamente ha prestado servicios para la empresa demandada en la Ciudad de Melilla. A esto debemos sumar que la empresa tiene su domicilio social en Lugar Finca La Lira nº 1, Málaga, y en el contrato se señala también la misma dirección como centro de trabajo. Pero esto último no debe alterar la realidad, pues a la vista de los servicios para el que fue contratado el actor, el centro de trabajo de la empresa se constituye en Melilla, pues de la prueba practicada se colige que la realización de la actividad empresarial era cubrir un servicio de montajes de fontanería en el Barrio Hebrero UTE 42 viviendas en Melilla, y esa es la unidad productiva con organización específica. Partiendo de lo expuesto, y trayendo a colación los arts. 1 y 2 del Convenio de siderometalurgia Melilla, es éste el que se debe aplicar. Lo anterior sirve de apoyo para entender que si no es aplicable el Convenio de Siderometalurgia de Málaga no procede estimar la reclamación sobre las diferencias salariales y dietas, desestimando la demanda en este punto."

**SEXTO** : Y la pretensión deducida por la parte actora debe alcanzar éxito parcial.

La cuestión litigiosa sometida a debate y resolución en el presente Recurso de Suplicación, se centra en determinar si el convenio colectivo aplicable a la relación que vincula a las partes es el Convenio Colectivo de Siderometalurgia de Málaga como pretende la demandante, lo que niega la parte demandada y la sentencia



recurrida, o el Convenio colectivo de Siderometalurgia de la Ciudad autónoma de Melilla como se declara en la sentencia de instancia.

La sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 970/03, citada por la parte recurrente, declara que "La cuestión a debate en la presente litis radica en determinar si a la relación laboral existente entre las partes le resulta aplicable el Convenio Colectivo siderometalúrgico de la provincia de Málaga. El artículo 2 del indicado convenio establece como ámbito funcional del mismo todas las empresas y trabajadores ubicadas en la provincia de Málaga que se rigen o han venido rigiéndose por las ordenanzas de trabajo para la industria siderometalúrgica, y normas complementarias aprobadas por órdenes ministeriales de 29 de julio de 1970 y 18 de mayo de 1973, con expresa exclusión de aquellas empresas y sus trabajadores que se dedican a la actividad de reparación de automóviles. Por su parte, el artículo 1 de la indicada Orden de 18 de mayo de 1973 señala que la misma será de aplicación, entre otras, a las empresas que se dediquen a los trabajos de tendido de líneas de conducción de energía eléctrica o telefónicas, salvo que dichos trabajos sean llevados a cabo por las propias empresas eléctricas o telefónicas, las cuales se regirán por su propia normativa. Finalmente, el artículo 3 del repetido Convenio establece que las normas del mismo afectarán a la totalidad de los trabajadores que trabajen por cuenta ajena en alguna de las empresas afectadas por dicho Convenio. Los preceptos antes mencionados ponen de manifiesto la aplicabilidad al supuesto de autos del Convenio en cuestión, pues la empresa demandada se dedica fundamentalmente en Málaga al tendido de líneas telefónicas, instalando redes para supercable, por lo que se encuentra incluida dentro del ámbito funcional delimitado por los artículos 2 del Convenio y 1 de la Orden de 18 de mayo de 1973. El hecho de que la actividad concreta de lectura de contadores realizada por el actor no tenga una directa relación con tareas de instalación, montaje o reparación de líneas telefónicas no es obstáculo para la aplicación del invocado Convenio, pues consta probado que la empresa lo viene aplicando a alguno de sus trabajadores en Málaga, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio, deberá aplicarlo a la totalidad de sus trabajadores, pues entender lo contrario llevaría al absurdo de que a trabajadores de la misma empresa se le aplicarían convenios diferentes, dependiendo de la actividad laboral concreta que desempeñasen o que ello fuese más o menos beneficioso para la empresa, lo que además sería contrario a lo previsto en el artículo 82-3 del Estatuto de los Trabajadores que establece la obligatoriedad de los convenios colectivos para todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación."

Del examen de los citados preceptos convencionales y atendida la actividad de la empresa demandada que se describe de forma inalterada por inatada en los hechos probados de siderometalurgia, con domicilio social en Málaga, y centro de trabajo que consta en el contrato de trabajo de Málaga, la Sala llega a la conclusión de que en el caso sometido al presente Recurso de Suplicación de que es incluíble en el ámbito funcional del Convenio colectivo provincial siderometalúrgico de Málaga como se reclama la parte recurrente, y ello por el principio de unidad de empresa por lo que no es posible aplicar diferentes normas convencionales en la misma empresa debiendo estarse a la actividad principal de la empresa que viene constituida como se declara también en las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 353/11, 971/18 y 402/19, y por lo tanto incluíble en el ámbito personal y funcional del Convenio Colectivo de Siderometalurgia de Málaga a la que se dedica la empresa demandada en su actividad principal, y ello aunque los trabajos contratados se realizaran de forma desplazada en Melilla.

Por ello, debe estimarse el Recurso de Suplicación en cuanto a tal pretensión, y por ende en la cantidad reclamada de 9.747,92 € por dietas al amparo del art. 20 del Convenio colectivo aplicable indicado al devengar las dietas en el mismo establecidas dieta completa por trabajos en Melilla punto distinto del centro de trabajo de Málaga, 4.719,03 por traslado al amparo del art. 32 del Convenio colectivo aplicable indicado como indemnización de tres mensualidades, y de 2.219,36 € por diferencias en los conceptos reclamados por aplicación del Convenio Colectivo de Siderometalurgia de Málaga, cuyo cálculo y cuantías no han sido controvertidas al alegar la parte recurrida que no es de aplicación el Convenio colectivo de Málaga sino el de Melilla por existir en la misma centro de trabajo para el que fue contratado.

**SÉPTIMO** : Sin embargo, no cabe acoger la pretensión de horas extras reclamadas.

Ha de tenerse en cuenta que reclamó la parte actora cantidades no abonadas correspondientes a horas extraordinarias que alega, y por ello, como declara esta Sala, entre otras en las Sentencias recaídas en Recurso de Suplicación 2.057/03, 1103/05, 2783/06, 27/09, 1353/16, 1524/16, 260/17 y 825/17, le incumbe a la parte actora la carga de la prueba de la relación laboral y su contenido, de la que no la releva la incomparecencia de la parte demandada que no puede considerarse ni equivale a conformidad de los hechos, al ser hechos constitutivos de su pretensión con arreglo a la doctrina del onus probandi del art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/00 de 7 de Enero, y en cuanto que constituye hecho constitutivo de su pretensión, título o fundamento de pedir, y en la Sentencia recurrida la magistrada de instancia entendió que no aparecía debidamente cumplida la carga de la prueba en cuanto a las horas extraordinarias que alega, como afirma y razona en los



Fundamentos de derecho y por ende que la parte actora no aporta prueba suficiente de su realización, de forma no desvirtuada por la parte recurrente en esta vía, sin que sea suficiente la alegación de que la empresa demandada carecía de registro de jornada lo que no basta para demostrar cumplidamente la realización de horas extras,

Por ello, como en el presente caso la sentencia recurrida no estima probadas las horas extras alegadas ni una jornada uniforme superior, y no se invoca en esta vía medio probatorio hábil y eficaz que permita aseverar de forma directa y clara y sin otras conjeturas que la parte actora realizó las horas extraordinarias ni la jornada uniforme superior que alega, no desvirtuándose por ello en esta vía por el recurrente por medio de prueba hábil y eficaz dicha conclusión alcanzada por el magistrado de instancia que debe prevalecer, no cabe reconocer el derecho que reclama a cantidad por horas extras, toda vez además que la empresa demandada aportó el cuadrante de jornada y horas de trabajo, que el art. 94.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social concede al juzgador de instancia la facultad de valoración de la falta de aportación de prueba documental, y dados las conclusiones y razonamientos expuestos en la sentencia recurrida, de forma no desvirtuada por la parte recurrente, de que "No pueden servir de sustento para estimar que se adeudan estas cantidades por HHEE, porque como explica la testigo propuesta por la demandada el actor tendía a solicitar como horas extras más de las realizadas, pues muchas de ellas debían ser compensadas por los días que el trabajador se iba antes (viernes) o empezaba más tarde sus servicios (lunes) al ir de Melilla a Málaga, y viceversa. De esta forma no es digno de credibilidad el documento nº 17 del actor que es realizado por él mismo, ni tampoco la declaración que presta su compañero en el documento nº 18, pues no depone en el acto de la vista, cuando podía haber sido llamado como testigo. Y esa nebulosa justificación del actor a la hora de acreditar haber realizado cada una de las HH.EE que reclama".

En consecuencia, procede desestimar este motivo de censura jurídica del Recurso de Suplicación en cuanto a las horas extras, y procede estimar parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto en cuanto a la aplicación del el Convenio Colectivo de Siderometalurgia de Málaga y reclamación de cantidades por dietas, traslado y diferencias por Convenio colectivo aplicable, con estimación parcial de la demanda.

**OCTAVO** : Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.

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

## FALLO

**Que debemos estimar y estimamos parcialmente** el Recurso de Suplicación interpuesto por Modesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº ONCE de MÁLAGA de fecha 12/02/2019, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por Modesto contra NARBOPA INSTALACIONES Y MANTENIMIENTO S.L. sobre CANTIDAD, y, en su consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, debemos estimar y estimamos parcialmente la demanda interpuesta por Modesto y condenamos a la empresa demandada a abonar al actor la cantidad de 9.747,92 € por dietas al amparo del art. 20 del Convenio colectivo aplicable indicado, de 4.719,03 por traslado al amparo del art. 32 del Convenio colectivo aplicable indicado, y de 2.219,36 € por diferencias en los conceptos reclamados por aplicación del Convenio Colectivo de Siderometalurgia de Málaga, absolviendo a la empresa demandada del resto de la pretensiones de la demanda.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Adviértase a la empresa demandada que en caso de recurrir habrá de efectuar las siguientes consignaciones en la cuenta de esta Sala de lo Social (cuenta corriente número 2928, código entidad nº 0030, código oficina 4160 del Banco de Santander a nombre de esta Sala de lo Social con el título cuenta de depósitos y consignaciones):

- La suma de 600 euros en concepto de depósito.
- La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad al tiempo de prepararse el recurso, pudiendo sustituirse esta última consignación por aval bancario en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista.

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