



Roj: **STSJ BAL 56/2019 - ECLI:ES:TSJBAL:2019:56**

Id Cendoj: **07040340012019100014**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2019**

Nº de Recurso: **512/2018**

Nº de Resolución: **31/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ALEJANDRO ROA NONIDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 4792/2018,**
STSJ BAL 56/2019

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00031/2019

RSU RECURSO SUPLICACION 0000512 /2018

Procedimiento origen: IAA IMPUGNACIÓN DE ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN 0001164 /2015 JDO. DE LO SOCIAL Nº 3 DE PALMA

Sobre: OTROS DERECHOS LABORALES (IMPUGNACIÓN DE ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN)

NIG: 07040 44 4 2015 0004643

RECURRENTE/S: ARNPLA RSR, S.L.U.

ABOGADO/A: VÍCTOR MANUEL ALONSO MANZANARES

VICTOR MANUEL ALONSO MANZANARES

RECURRIDO/S: CONSELLERIA DE TREBALL, COMERÇ I INDÚSTRIA DEL GOVERN DE LES ILLES BALEARS

ABOGADO/A: ABOGADO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMNA

LETRADO DE LA COMUNIDAD

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON ANTONI OLIVER REUS.

MAGISTRADOS:

DON ALEJANDRO ROA NONIDE

DON VÍCTOR MANUEL CASALEIRO RÍOS.

En Palma, a cuatro de febrero de dos mil diecinueve .

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

la siguiente

SENTENCIA NÚM. 31/2019

En el Recurso de Suplicación núm. 512/2018, formalizado por el Letrado D. Víctor Manuel Alonso Manzanares, en nombre y representación de la entidad ARNPLA RSR, S.L.U., contra la sentencia nº 236/2018 de fecha 18 de junio de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 3 de Palma, en sus autos demanda número 1164/2015, seguidos a instancia de la recurrente, frente a la Conselleria de Treball, Comerç i Indústria del Govern de les Illes Balears, representada por el Abogado de la Comunidad Autónoma D. Juan Carlos Grau Jofre, en materia de impugnación de actos de la Administración, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ALEJANDRO ROA NONIDE, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

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

Primero.- La Inspección de Trabajo giró visita de inspección el día 11-11-14 al centro de trabajo de "ARNPLA, S.L.U.", dedicada a la actividad de restaurante o puesto de comidas, en la calle Cartago nº 40 de S'Arenal, anteriormente explotado por la empresa McDonald's.

En esa fecha la empresa tenía 25 trabajadores de alta, de los que 15 eran a tiempo parcial.

(Concordado, Acta y expediente administrativo).

Segundo.- En esa visita la ITSS comprobó la falta de exposición de Calendario laboral/Cuadro horario de trabajo de 2014 en lugar visible al personal, teniendo expuesta la Programación/Cuadrante semanal de las jornadas. (Admitido). Tras dos requerimientos a la empresa para que subsanara la falta, en nueva visita de inspección el día 21-2-15, se comprobó que continuaba sin exponer el Calendario con Cuadro horario laboral de 2015. (Acta de Infracción y expediente).

Tercero.- Tanto en la primera visita de 11-11-14 como en la segunda de 21-2-15 esta tras dos requerimientos de subsanación- se comprobó la falta de confección y conservación en el centro de registros diarios y totalizaciones mensuales de las jornadas a tiempo parcial de su personal, así como falta de entrega a dichos trabajadores de las copias de los resúmenes mensuales de todas las horas realizadas cada mes junto con el recibo de salarios, al menos del 1-1-14 al 1-4-15, relativos a todos los trabajadores a tiempo parcial, tanto indefinidos como eventuales. (Acta de Infracción y expediente).

En las nóminas de cada mes se consignaba el número de horas realizadas. (Nóminas en ramo actora).

Cuarto.- En la empresa no se respetaba el descanso semanal de dos días consecutivos de los trabajadores, sin que existiera pacto que regulase otro régimen de descanso. (Acta de Infracción y expediente).

Quinto.- La empresa no consignaba la distribución del tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial ni en las novaciones contractuales de reducción de jornadas, sino la cláusula: "*La distribución del tiempo de trabajo será según necesidades del servicio*", sin que estas necesidades fueran después justificadas, y sin que tampoco existieran acuerdos con los trabajadores al respecto, lo cual afectó a 9 indefinidos y a 20 eventuales por circunstancias de la producción al menos durante el periodo de 14-4-14 a 12-3-15. Esta omisión no fue subsanada por la empresa ni siquiera después de haberle dirigido la Inspección dos requerimientos. Solo el 28-5-2015 presentó un acuerdo en el SOIB que establecía una jornada semanal flexible tanto en su extensión como en su concreción horaria, con régimen rotatorio de descansos semanales en fin de semana.

(Acta de Infracción, alegaciones actora en expediente).

Sexto.- La empresa llevaba a cabo frecuentes modificaciones de las Programaciones/Cuadrantes semanales tanto en materia de jornada diaria y semanal, como en materia de descansos semanales de todo su personal, ya fuera indefinido o eventual, a tiempo completo o a tiempo parcial, y ello al menos durante el periodo de enero 2014 a marzo 2015, sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 41 del ET para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. (Acta de Infracción, expediente y testifical de D^a. Matilde).

Séptimo.- Comprobados por la Inspección los hechos referidos en los anteriores apartados segundo a sexto, levantó Acta de Infracción nº NUM000, al considerarlos constitutivos, respectivamente, de las siguientes cinco infracciones:

1ª) Infracción de los arts. 34.6 ET en relación con el 15 del Convenio C. de Hostelería de Baleares, por no exponer en el centro de trabajo, en lugar visible para el personal, el calendario laboral inclusivo de cuadro horario de trabajo 2014-2015, que indicara días festivos y laborales, jornada máxima semanal, régimen de turnicidad

en su caso, tiempos de descanso (semanal, entre jornadas, pausas, almuerzos, etc), forma de compensación por la prestación de servicios en festivos o en los tiempos de descanso.

La calificó de infracción leve del artículo 6.1 de la LISOS , y en grado máximo por apreciar la concurrencia de cuatro circunstancias agravantes: intencionalidad, duración del incumplimiento, desatención a las advertencias y requerimientos dirigidos por la ITSS y perjuicio para los trabajadores afectados. Por esta infracción formuló propuesta de sanción de 625 €.

2ª) Infracción de los arts. 37.1 ET en relación con el 16 del Convenio C. de Hostelería de Baleares y el RD 1561/1995 sobre Jornadas Especiales, por falta del descanso semanal de dos días consecutivos de los trabajadores indicados en el Acta.

La calificó de infracción grave del artículo 7.5 de la LISOS , en grado mínimo por no apreciar la concurrencia de circunstancias del art. 39 de la LISOS .

Por esta infracción formuló propuesta de sanción pecuniaria de 625 €.

3ª) Infracción del art. 12.4.a) del ET , por falta de consignación de la distribución del tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial y en las novaciones contractuales de reducción de jornadas, sin previo acuerdo al respecto con el personal.

La calificó de infracción grave de los arts. 5 y 7.2 de la LISOS , en grado máximo por apreciar la concurrencia de tres circunstancias agravantes: la intencionalidad (poder modificar tanto el número de horas a tiempo parcial a efectuar diaria o semanalmente, y los días de descanso semanal, con abuso de los derechos de los trabajadores), número de trabajadores afectados (al menos 29) y reiterada desatención a los requerimientos dirigidos por la ITSS.

Por esta infracción formuló propuesta de sanción de 6.250 €.

4ª) Infracción del art. 12.5.h) del ET , por falta de los preceptivos registros diarios y totalizaciones mensuales de la jornada de los trabajadores contratados a tiempo parcial, y por no entregar a dichos trabajadores a tiempo parcial, tanto indefinidos como eventuales, las copias de los resúmenes mensuales de todas las horas realizadas en cada mes junto con el recibo de salarios, al menos del 1-1-14 al 1-4-15.

La calificó de infracción grave de los arts. 5 y 7.5 de la LISOS , y en grado máximo por apreciar la concurrencia de tres circunstancias agravantes: la intencionalidad, desatención a las reiteradas advertencias y requerimientos dirigidos por la ITSS, y número de trabajadores afectados (más de 30 durante el periodo indicado). Por esta infracción formuló propuesta de sanción pecuniaria de 6.250 €.

5ª) Infracción del art. 41 del ET , por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tanto en materia de jornada diaria y semanal, como en materia de descansos semanales de todo su personal, ya fuera indefinido o eventual, a tiempo completo o a tiempo parcial, y ello al menos durante el periodo de enero 2014 a marzo 2015, sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 41 del ET .

La calificó de infracción grave del art. 7.6 de la LISOS , en grado máximo por apreciar la concurrencia de tres circunstancias agravantes: la intencionalidad, desatención a las reiteradas advertencias y requerimientos dirigidos por la ITSS, y perjuicio causado a los trabajadores (por impedirles conocer sus jornadas, tiempos de trabajo y descanso semanales hasta la publicación de las programaciones semanales en el plazo máximo de una semana de antelación, impidiéndoles conciliar su vida personal y familiar, incluso imposibilitando les buscar empleos complementarios a los más de 20 trabajadores contratados a tiempo parcial, con jornadas que van desde 15 a 31 horas semanales, siendo la mayoría de 20 horas semanales).

Por esta infracción formuló propuesta de sanción de multa de 6.250 €.

(Acta de Infracción que se da por reproducida).

7.- Incoado expediente sancionador por la Dirección General de Trabajo y Salud Laboral con el nº 46/2015, se siguieron los trámites oportunos. La empresa presentó alegaciones solicitando la anulación de la sanción, argumentando en síntesis que los hechos no constituían infracción.

(Expediente y escrito de alegaciones que se da por reproducido).

8.- El 28-9-2015 la Directora General de Trabajo Economía Social y Salud Laboral de la CAIB, por delegación del Consejero de Trabajo, acogiendo la propuesta de la ITSS, confirmó las cinco sanciones previstas en el Acta de Infracción, por importe total de 20.001.

(Expediente).

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

"Que, desestimando la demanda de "ARNPLA, S.L.U." frente a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, declaro ajustada a Derecho la resolución de 28-9-2015 de la Directora General de Trabajo Economía Social y Salud Laboral, por delegación del Consejero de Trabajo, que confirmó las cinco sanciones propuestas por Acta de la ITSS de 4-6- 2015, por importe total de 20.001 €."

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por la representación de la entidad ARNPLA RSR, S.L.U., que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación de la recurrida.

CUARTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 30 de enero de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El recurso presentado reclama en primer lugar la nulidad de la sentencia al amparo del apartado A del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social . Postula la nulidad de la sentencia al alegar que adolece de un defecto de omisión de un pronunciamiento relacionado con la petición subsidiaria de la demanda. Esta petición subsidiaria consistía en que los hechos que configuran las infracciones segunda a quinta -atribuidos a la empresa recurrente- deberían constituir una única infracción, grave, calificada en grado mínimo, imponiendo por la misma una sanción en su cuantía mínima.

El motivo previo planteado no debe ser estimado. La sentencia recurrida, aun cuando debería haber realizado expresamente un racionamiento específico relacionado con esta petición subsidiaria, desestima la demanda presentada en su totalidad, entendiendo que cada una de las infracciones sociales detectadas, y las correspondientes sanciones impuestas, han de ser ratificadas judicialmente. Por tanto, el remedio procesal solicitado, -de índole excepcional-, únicamente produciría una demora en la resolución judicial definitiva. Por otra parte, a efectos de desestimar esta petición, la propia parte recurrente plantea un último motivo del recurso a través del apartado C del artículo 193 de la LRJS , precisamente planteando la falta de proporcionalidad de la sanción y el principio de *non bis in idem* en atención a los artículos aplicados en la resolución administrativa sancionadora, por lo que debe ser al momento del análisis de esta cuestión en el motivo último cuando puede ser apreciada la concurrencia o no del principio alegado.

SEGUNDO. La defensa de la empresa demandada ARNPLA SLU presenta cinco revisiones fácticas y los correlativos motivos jurídicos al amparo del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Corresponden las propuestas fácticas y revisiones jurídicas a las cinco infracciones impuestas por la Dirección General de Trabajo y Salud Laboral, con un importe total de 20.001 euros, confirmando la propuesta de cinco sanciones contenidas en la propuesta del acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la empresa dedicada a la actividad de restaurante. Consta en el hecho probado primero que a fecha de visita de Inspección el 11 noviembre 2014 la empresa contaba con 25 trabajadores de alta, siendo 15 trabajadores a tiempo parcial. Siendo cinco las sanciones impuestas en relación a los respectivos tipos sancionados, procede en orden a su claridad el examen consecutivamente de las propuestas fácticas y revisiones jurídicas planteadas.

TERCERO. Primera infracción analizada. En relación a la falta de exposición del calendario laboral/cuadro horarios de trabajo de 2014 en lugar visible al personal, teniendo expuesta la programación/cuadrante semanal de las jornadas, -que la sentencia da por verificado en ordinal fáctico II-, la propuesta consiste, primero, en que *"tras el requerimiento la empresa de la obligación sobre la exhibición en el centro del calendario laboral, mediante escrito dirigido a la Inspección el día 28 noviembre 2014 aportó a las actuaciones inspectoras dicho calendario laboral, con un memorándum con el registro confeccionado por la empresa para que el personal pudiera solicitar los horarios que mejor se acomodasen a sus necesidades, así como el registro diario de horas trabajadas durante el mes de noviembre de 2014"* . Como opone la parte recurrida, el hecho de la sentencia recoge que no estaba expuesto en calendario laboral/cuadro horarios de trabajo de 2014. No obstante, cabe añadir que fue aportado el 28 noviembre 2014, y el memorándum de registro para poder solicitar el personal los horarios laborales y horas trabajadas ese mes.

Añade la parte recurrente el siguiente inciso *"la empresa cada vez que el funcionario actuante requirió la misma documentación la aportó a las actuaciones justificando los casos por su proceder en las materias investigadas y las circunstancias que determinaba el mismo"* , pero de este modo planteado no incluye el contenido concreto de la documentación requerida, siendo una referencia genérica la intención subjetiva de la empresa de haber cumplido con los requerimientos efectuados por la inspección. Mas, la propia parte recurrente no llega a propugnar la reforma de que en la visita de Inspección de 21 febrero 2015 continuaba sin exponer el calendario con cuadro horario laboral de 2015, que forma parte del hecho verificado según la descripción fáctica de la sentencia.

En cuanto la normativa aplicada, en función del apartado C del artículo 193 de la LRJS, las infracciones aducidas no concurren. Es el artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores el que establece que *"Anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo"*. Y el artículo de la 6.1 LISOS establece como falta leve *"No exponer en lugar visible del centro de trabajo el calendario laboral vigente"*. Es este el tipo sancionador que ha de ser examinado y comprobar si concurre, lo cual sucede conforme al hecho probado. La razón de ser es el acceso del personal. Por lo tanto, partiendo de que esta primera sanción impuesta es en grado leve, no viene desencaminada la posición realizada por la parte demandada sobre la falta de relevancia en relación a su contenido, que según su visión no cabe incluir las vacaciones ni los horarios ni los descansos, cuya obligación atribuye la parte recurrente a que viene contenida en la sentencia recurrida, la cual establece en concreto la inexistencia de un calendario laboral expuesto. Y, por otra parte, ciertamente, es distinto al calendario de vacaciones, que cuenta con su propia normativa, las particularidades en la regulación contenida en el RS 1561/1995 de 21 septiembre sobre jornadas especiales. Por eso, la STS 21 junio 2016 citada en el recurso remite a los parámetros que incluya el Convenio, y a efectos de evitar una rígida determinación de horarios o turnos. No obstante, las posibles fluctuaciones de temporada o del tipo de personal joven que alega la parte recurrente estar contratado, además de no haber merecido referencias fácticas, debe señalarse sin duda como el ciclo de temporada turística aún sea en términos generales viene repitiéndose. Y que sean atendidas las necesidades del personal por solicitudes de horarios no deja de ser un sistema que tiene que adaptarse a la normativa ahora analizada. Por último, la parte recurrente reclama que sea impuesta en su grado mínimo subsidiariamente, en la medida que fue acordada en su grado máximo por las circunstancias agravantes la imposición por el importe de 625 euros, sin que sea factible la disminución de responsabilidad en cuanto que no han sido desvirtuadas las circunstancias básicas apreciadas en el acta de infracción y ratificadas judicialmente, en atención a las restantes sanciones impuestas, observándose el incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, la intencionalidad y el perjuicio derivado a los afectados, reflejando el propio numeral fáctico que la visita de 21 febrero 2015 fue comprobado que el calendario con el recuadro laboral de 2015 continuaba sin exponer.

Segunda. En relación al hecho probado IV de la sentencia que establece que *"la empresa no respetaba el descanso semanal de dos días consecutivos de trabajadores, sin existir pacto que regulase el régimen de descanso"*, la parte recurrente solicita la supresión del primer inciso de modo que el ordinal fáctico quedaría redactado con el siguiente contenido resultante: *"no existía pacto la empresa que regulase el régimen de descanso"*. Y la parte recurrida sostiene que la pretensión únicamente es el cambio de la redacción del hecho probado en base a consideraciones jurídicas que repite en el motivo octavo. Y al respecto debe ratificarse -como elemento no controvertido- la inexistencia de un pacto de regulación del régimen de descanso, no constando además ni el disfrute de dos días de descanso consecutivos ni de un día y medio que refiere expresamente la sentencia, por cuanto la propuesta articulada de supresión no viene acompañada de la preceptiva remisión a documentos que acreditaran el error sobre este extremo, por lo que la falta de modificación de este hecho afecta a la cuestión que es planteada por la parte recurrente como cuestión jurídica.

La sentencia reconoce que es un centro con menos de 30 trabajadores y confirma la sanción al considerar que los dos días de descanso han de ser consecutivos, debiendo existir un pacto que excluya el disfrute consecutivo, ni puede interpretarse el Convenio que perjudique un derecho mínimo de 1.5 días consecutivos.

Y en relación a las infracciones jurídicas alegadas, la sanción en este caso ha comportado la calificación de grave, sopesada ya en grado mínimo, en función del artículo 7.5 de la LISOS por *"la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores"*, siendo impuesta por un importe de 625 euros.

Dada la falta de modificación de hechos sobre esta cuestión, no procede dejar sin efecto la resolución sancionadora ya impuesta en su grado mínimo. La regulación contenida en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, sobre descanso establece que *"los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo"*. El Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, sección 3ª - Comercio y Hostelería, en su artículo 6 sobre el descanso semanal facilita que *"mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores podrá establecerse en las actividades de comercio y hostelería la acumulación del medio día del descanso semanal previsto en el apartado 1 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores por períodos de hasta cuatro semanas, o su separación respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana"*, y su artículo 7 que *"podrá acordarse la acumulación del medio día de descanso a que se refiere el artículo anterior en períodos más amplios,*

que en ningún caso podrán exceder de cuatro meses, a fin de adecuarlo a las necesidades específicas de las actividades estacionales de la hostelería, en particular en las zonas de alta afluencia turística, o para facilitar que el descanso se disfrute en el lugar de residencia del trabajador cuando el centro de trabajo se encuentre alejado de éste". No consta pacto de empresa, ni tampoco que estas alternativas normativas hayan tenido lugar por el motivo y con la finalidad antes señalada. Además, el Convenio colectivo del sector de la hostelería de las Illes Balears -en el artículo 16º- previene que específicamente que "en los centros laborales de treinta o menos trabajadores habrá un descanso semanal de dos días, sin perjuicio de que por pacto entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores o, en su defecto, la mayoría de los afectados, se regule otro régimen o modalidad de descanso semanal que en todo caso respetará lo establecido con carácter de derecho necesario en la Ley". En su caso, a efectos de modificación, "lo pactado en este artículo se debe sobrentender que es sin perjuicio del derecho de la empresa a modificar las condiciones de trabajo en la forma y de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 ET". Por tanto, no incurre a sentencia en infracción de las normas mencionadas.

La parte recurrente alega, no obstante los hechos probados- situaciones concretas sobre prestación laboral en días consecutivos y dos días de descanso de trabajadores concretos, o haciendo alusión a la modalidad de descanso semanal rotativo según una gráfica que afirma haber presentado, y que derivaría algún disfrute de días consecutivos de descanso semanal; sin embargo, estas circunstancias alegadas en sede de examen de infracciones jurídicas no viene recogidas expresamente en la descripción de los hechos probados, ni han sido articuladas como revisiones fácticas concretas conforme al artículo 193 de la LRJS, por lo que debe prevalecer la valoración de la prueba realizada judicialmente.

Tercera. En relación al ordinal fáctico V solicita una adición. Este hecho establece que la empresa no consignaba la distribución del tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial ni en las novaciones contractuales de reducción de jornadas, sin previo acuerdo con el personal, recogiendo la cláusula de distribución del tiempo según las necesidades del servicio, sin que éstas necesidades fueran después justificadas, ni existen acuerdos con los trabajadores, afectando a 9 trabajadores indefinidos y 20 eventuales por circunstancias de la producción al menos durante el periodo de 14 abril 2014 y 2 marzo 2015, habiendo sido subsanada por la empresa después de dos requerimientos, y sólo el 28 mayo 2015 presentó un acuerdo sobre jornadas semanal flexible respecto su extensión y concreción horaria, con régimen rotatorio de sus descansos semanales en fin de semana. La sentencia resuelve que la falta de consignación de la distribución del tiempo sin previo acuerdo con el personal sería contraria a la finalidad de la norma, propiciando que los trabajadores a tiempo parcial estarían en continua disposición de la empresa sin poder organizar con antelación su vida personal y familiar.

Y la propuesta fáctica que pretende añadirse es la siguiente: "...esta omisión fue subsanada por la empresa a requerimiento de la Inspección, presentando ante el inspector actuante en fecha 1 junio 2015 copia registrada ante el SOIB de los acuerdos y anexos suscritos con los trabajadores de alta en la empresa sobre el modo de distribución de las horas ordinarias de trabajo en los contratos a tiempo parcial, así como en el caso de los trabajadores Baltasar y Benito, copia de las condiciones de los contratos en que se subrogó la empresa con ocasión de la sucesión de la anterior explotadora McDonald's sistemas de España INC. En los mencionados acuerdos las partes convinieron referir al año las horas pactadas en los contratos de prestación de servicios, permitiendo de esta manera su distribución en una jornada semanal flexible ordenada a la atención de las imprevisibles puntas de producción propia de la naturaleza de la actividad de servicios de comida y bebida que la empresa desarrollada en una zona de afluencia marcadamente turística". Procura -de forma más amplia a lo que la sentencia ya recoge- poner de manifiesto la subsanación por parte de la empresa de la omisión relativa a la distribución de las obras contratadas, alegando la innecesaria finalización de la actividad inspectora con un acta de infracción, discrepando de los criterios que califica de desmedidos relacionados con los contratos a tiempo parcial, que precisan una flexibilidad interna, alegando subsidiariamente todo ello a efectos de las circunstancias agravantes relacionadas con la intencionalidad, los reiterados incumplimientos y el número de trabajadores afectados. La parte recurrida alega que resulta innecesaria la adición porque la propia parte demandante no puede olvidar que hasta finales de mayo de 2015 no atendió a los requerimientos efectuados por lo que la voluntad infractora y la falta de respuesta a los requerimientos efectuados resultan probadas.

Sin perjuicio de ser aceptado el complemento del hecho probado conforme a la solicitud realizada, no menos cierto es que la sentencia consigna la actuación posterior de la empresa demandada. Y debe tenerse presente que un procedimiento sancionador, -resultado de una actuación inspectora-, ha de atender a los hechos consumados, que pueden merecer el correspondiente reproche sancionador por los incumplimientos realizados, y al margen de una posterior regularización emprendida por la empresa en orden a acomodar la contratación laboral de jornada parcial a la normativa legal, convencional y a los posibles acuerdos que puedan obtenerse con los trabajadores, debiéndose en todo caso respetarse previamente las disposiciones legales y convencionales que sean de obligado cumplimiento.

Respecto de las infracciones jurídicas alegadas, la parte recurrente destaca en su recurso que la previsión legal menciona la distribución horaria "según lo previsto en Convenio Colectivo" y que el Convenio de hostelería no establece ninguna previsión, por lo que plantea la duda de si resulta preceptivo hacer constar en el contrato la distribución horaria, faltando el principio de tipicidad de la sanción. Admite no obstante que la previsión legal establece que en el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, la semana, al mes o al año contratadas, e incluso una "distribución horaria" pero alega que iría en contra de la necesidad de un registro diario de las horas trabajadas un horario rígido desde el momento inicial de la suscripción del mismo.

La sanción ha sido impuesta como grave, imponiendo una medida pecuniaria de 6.250 euros. El artículo 7.2 de la LISOS establece de forma genérica como infracción: *"La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva"*.

El artículo 12.4.a del Estatuto de los Trabajadores marca no solo que el contrato -conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2 de esta Ley - deberá formalizarse necesariamente por escrito sino que, en concreto en el contrato *"deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo"*.

Por tanto, si bien es cierta que la normativa dictada en esta materia de forma general permite cierta flexibilización de horarios también en los contratos de jornada parcial, consta que antes de los requerimientos efectuados por la Inspección, la situación producida comportaba una amplia e indebida disposición horaria de los trabajadores afectados sin la necesaria delimitación horaria, por lo que no ha quedado desvirtuado el razonamiento judicial acerca del menoscabo de la conciliación de la vida personal y familiar respecto de trabajadores a tiempo parcial, resultando legítimo conocer por el colectivo de trabajadores los horarios para su debida organización personal. Tampoco resulta determinante el argumento de la parte demandada sobre la ausencia de referencia en el Convenio del sector de la hostelería, pues la falta de regulación convencional no puede impedir la aplicación de normas concurrentes en esta materia y dejar sin contenido necesaria previsión por anticipado de la delimitación horaria para ajustarse al principio de conciliación de la vida laboral y personal. Por otra parte, la aducida fluctuación de las necesidades empresariales de personal en función del turismo -cuyos datos no han sido traídos a los hechos probados- no puede ser desorbitada no solo por cuanto la cadencia anual cíclica cuenta realmente con ciertos índices de habitualidad a lo largo de la temporada sino además por cuanto no cabe trasladar sin más esta situación a los contratos a jornada parcial, y ello cuando existen más mecanismos de contratación laboral, como las horas complementarias que regula el artículo 12, apartado 5 del Estatuto de los Trabajadores .

En cualquier caso, ha de respetarse la siguiente norma establecida en el artículo 12.4.d que -a modo de principio general- ordena que *"los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo"*, repercutiendo también en la necesaria delimitación horaria de este tipo de contratos.

Por último, en cuanto a las circunstancias modificativas agravantes reprocha a la sentencia cualquier referencia, pero no existen motivos de peso para reducir la sanción administrativa por cuanto la empresa no ha sido hasta marzo de 2015 cuando afrontó la preparación de un acuerdo en cuanto al modo de distribución de las horas de trabajo pactadas en los contratos a tiempo parcial y que los nuevos contratos celebrados para incluir una cláusula donde figurara el modo de distribución de las horas de trabajo pactadas, habiendo tenido lugar reuniones y la firma de documentos individuales con los trabajadores respecto de la jornada semanal flexible y en relación a los descansos semanales y diarios establecidos y la obligación de la empresa de acomodar sus necesidades productivas a la conciliación de la vida personal y familiar poniendo a disposición de los horarios con un mínimo de antelación de siete días, acuerdos que fueron registrados el 28 mayo 2015, de forma que los hechos anteriores objeto del procedimiento ya estaban realizados, reflejando la veracidad de los incumplimientos a los requerimientos efectuados, de modo que en función del volumen de personal y de los restantes factores concurrentes a las demás sanciones analizadas debe mantenerse el grado, sin que pueda ser tenida en consideración el posible incumplimiento de la normativa por una empresa anterior, pues los hechos son responsabilidad de la empresa demandante.

Cuarta. Solicita la modificación del hecho probado III de la sentencia que da por acreditado -incluso tras dos requerimientos- la falta de confección y conservación del registro diario y totalizaciones mensuales de las jornadas de a tiempo parcial, y la entrega a los trabajadores de las copias de los resúmenes mensuales de todas las horas realizadas cada mes junto al recibo de salarios, hasta abril de 2015, aun cuando en las nóminas de cada mes era consignado el número de horas realizadas. Propone no sólo que sea mantenido este último extremo sino que *"no obstante, tras la visita de fecha 11 noviembre 2014 y el requerimiento practicado en fecha*

26 marzo 2015, la empresa, el 28 noviembre 2014, aportó a las actuaciones el registro diario de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial correspondiente a noviembre de este año, utilizando una única plantilla diaria para todos los trabajadores del centro con la firma de cada uno, una única firma por día; y el mismo 26 marzo 2015 aportó nuevamente la justificación de las jornadas requeridas desde el 1 marzo 2015, en este caso depuradas a una plantilla mensual por trabajador firmada diariamente una sola vez". Mantiene que documentalmente han sido acreditadas las precedentes aportaciones por lo que afecta a las circunstancias modificativas agravantes de la calificación grado -máximo- en relación con el registro diario de la jornada y su totalización mensual, no revelando la inexistencia de una actitud reticente a cumplir con los requerimientos. La parte recurrida defiende su intrascendencia y que lo relevante es que no eran entregadas copias de las horas mensuales realizadas ni fueron subsanados en tiempo las deficiencias detectadas. Procede mantener la descripción fáctica contenida en la sentencia que incluye las carencias detectadas de registro a su debido momento de este tipo de jornadas a tiempo parcial, al margen de la consignación del número de horas realizadas en las nóminas, y sin perjuicio de las aportaciones posteriores y extemporáneas de documentación realizadas por la empresa.

Respecto de las infracciones jurídicas alegadas, la sanción ha sido impuesta como grave, imponiendo una medida pecuniaria de 6.250 euros. El artículo 7.5 de la LISOS establece como infracción: *"La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores"*.

El artículo 12.5.h del Estatuto de los Trabajadores directamente ordena que *"la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias a que se refiere el apartado 5"*.

La sentencia por consiguiente -con acierto- rechaza la impugnación empresarial por cuanto debe registrarse el momento de entrada y salida del trabajador para verificar el horario de la jornada, el tiempo de descanso y la remuneración correspondiente, procediendo este registro con la firma del trabajador que permitan comprobar el total en caso de discrepancia por lo que es insuficiente en las nóminas indiquen el total de las horas realizadas. Y respecto a las circunstancias agravantes tenidas en cuenta por la Inspección de Trabajo -ratificadas en la instancia judicial- no existen motivos tampoco de peso para respaldar el "desmedido rigor por parte del inspector actuante" en su función interpretar el contenido de la obligación del registro diario la jornada de este tipo de contratos, pues resulta que es un elemento principal a efectos del debido cómputo individual de horas trabajadas y conformidad al menos con la hora de salida diaria del centro de trabajo. El sistema además resulta idóneo tanto para la empresa como para el trabajador, y tiene como fundamento añadido poder verificar en su caso la realización de las denominadas horas complementarias. Por último, no puede dejarse sin efecto una actuación inspectora en un procedimiento en el que no consta un cumplimiento directo de los requerimientos efectuados según revelan las fechas posteriores de aportación de documentación.

Quinta. En relación al hecho probado VI es reclamada una reforma fáctica. El hecho probado VI establece que la empresa efectuaba frecuentes modificaciones de las programaciones y cuadrantes semanales tanto en materia de jornada diaria y semanal, en descansos semanales de todo el personal al menos desde el periodo de enero 2014 a marzo 2015 sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Propone que quede redactado del siguiente modo: *"La empresa ha mantenido las condiciones laborales sobre jornada, horarios de trabajo diario y semanal y descansos de la plantilla en que se subrogó por la sucesión de la anterior explotadora del restaurante, la entidad Mc. Donald's sistema de España INC, confeccionado al mismo tiempo un registro para que cada trabajador pueda expresar sus preferencias sobre los turnos de trabajo con la intención de acomodarlos a sus necesidades. La situación de la plantilla desde su contratación por Mc. Donald's sistema de España INC ha sido siempre la misma, permaneciendo invariable desde su inicio: una jornada de trabajo fijada en cómputo anual y desarrollada en un horario flexible durante cinco días a la semana, de lunes a domingo, en turnos rotativos, publicándose la distribución horaria semanalmente en el tablón de anuncios del personal"*. Sostiene que la propuesta debería sustituir la redacción dada por la sentencia y que corresponde a las preferencias de turnos de trabajo, contrato con Mc. Donald's sistema de España INC y acuerdos con los trabajadores, y que el hecho probado menciona más bien una valoración de contenido jurídico que no debería contenerse en los apartados fácticos. Al respecto, si bien queda acreditada el cambio de empresas, el objeto litigioso es el examen de la responsabilidad en la actuación de la empresa demandada que ha sido verificada por la actuación inspectora por el periodo mencionado, no siendo pudiendo estar justificada por la aducida sucesión respecto de una precedente empresa. La propuesta fáctica más bien contiene la posición mantenida por la parte recurrente en relación a la jornada realizada, pero ello no significa el ajuste a la normativa, por lo que no puede dejar de plasmarse que no han sido demostradas las comunicaciones por parte de la empresa en el ejercicio de la facultad empresarial de realizar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Respecto de las infracciones jurídicas alegadas, la empresa defiende que en los contratos a tiempo parcial la distribución de las horas lo era en cómputo semanal y la concreción de los días deriva de no poder estar encorsetada la confección del horario de trabajo, no afectando a la organización necesaria de la vida personal y familiar, según la publicación semanal de los horarios de trabajo, cuando consta un registro de cada trabajador sobre sus preferencias sobre este extremo. Y que ha sido desde un principio. Por ello, no podría sostenerse la existencia de una modificación parte de la jornada diaria semanal y de descanso. Y en su caso debería imponerse la misma subsidiariamente en la cuantía mínima.

La sanción ha sido impuesta como grave, imponiendo una medida pecuniaria de 6.250 euros. El artículo 7.6 de la LISOS establece como infracción: *"La modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario, sin acudir a los procedimientos establecidos en el artículo 41"*.

La sentencia tampoco incurre en defecto jurídico plenamente constatado en la aplicación de la normativa puesto que señala que al no efectuarse a través del procedimiento legal de modificación sustancial de condiciones de trabajo, la concreción de jornadas de horarios era realizada una semana de antelación, y modificada según las necesidades de la empresa y la disponibilidad del personal, atendiendo a las solicitudes de cambio de ciertos trabajadores, detectando que las determinaciones y falta de controles han ido en detrimento de los derechos de los trabajadores. No cabe escudarse en el sistema realizado por la empresa anterior para haber mantenido una organización horaria con indebida falta de delimitación de la jornada de trabajo -como indudable condición sustancial de la relación laboral-, por lo que las frecuentes alteraciones de jornada impiden entender cómo es ajustada la medida sancionadora impuesta por la administración por el periodo examinado en el presente procedimiento administrativo que deriva de la actuación inspectora, y sin perjuicio de haber sido subsanadas las deficiencias de jornada con posterioridad de modo que en los sucesivos no fuera necesaria realizar las pertinentes modificaciones sustanciales de trabajo conforme al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO. Por último, la parte recurrente mantiene la aplicación del principio general de *"non bis in idem"*, considerando que tácitamente ha sido desestimado por la sentencia recurrida al rechazar completamente la demanda, confirmando la resolución administrativa impugnada. Exclusivamente refiere la parte recurrente que la irregularidad en materia de jornada en las contrataciones a tiempo parcial que han comportado las infracciones segunda a quinta, no debería conllevar cuatro sanciones, por cuanto ha aumentado desproporcionadamente la sanción total impuesta, proponiendo una única infracción grave en grado mínimo, con una sanción en su cuantía mínima.

El motivo tampoco puede ser acogido en la medida que la completa unificación pretendida de las sanciones -que es la concreta tesis mantenida en este motivo del recurso- resulta desajustada a la verificación de actuaciones diversas, como ha sido la falta de consignación de los contratos del modo de distribución de las horas ordinarias de trabajo, registro diario y totalización mensual de la jornada de este tipo de trabajadores, excesos de jornada en modificación sustancial de condiciones de trabajo, correspondiendo en principio a cada una de ellas a los tipos sancionadores anteriormente examinados de forma individual, por lo que con este planteamiento general de este motivo del recurso no puede comportar la improcedencia de las imposición de las anteriormente perfiladas sanciones, lo que conduce a la confirmación de la sentencia recurrida.

Por consiguiente, decayendo todos los motivos del recurso, la sentencia ha de ser confirmada.

FALLAMOS

SE DESESTIMA el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la entidad ARNPLA RSR, S.L.U., contra la sentencia nº 236/2018 de fecha 18 de junio de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 3 de Palma, en sus autos demanda número 1164/2015, seguidos a instancia de la recurrente, frente a la Conselleria de Treball, Comerç i Indústria del Govern de les Illes Balears y, en su virtud, **SE CONFIRMA** la sentencia recurrida.

Una vez firme la presente resolución se decreta la pérdida del depósito de 300 euros constituido para recurrir.

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

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 218 y 220 y cuya forma y contenido deberá adecuarse a

los requisitos determinados en el artº. 221 y con las prevenciones determinadas en los artículos 229 y 230 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, **cuenta número0446-0000-65-0512-18** a nombre de esta Sala el **importe de la condena** o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

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

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social , el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros** , que deberá ingresar en la entidad bancaria **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, **cuenta número0446-0000-66-0512-18** .

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS , están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

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

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

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

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

Así por ésta nuestra sentencia nº **31/2019**, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.