

**JUZGADO DE LO SOCIAL N° 13
DE VALENCIA.**

Autos n° 718/2018

SENTENCIA N°404/2021

En Valencia, a quince de octubre de dos mil veintiuno.

Vistos por mí, **JESÚS MAGRANER GIL**, Magistrado titular del Juzgado de lo Social n° 13 de Valencia y su provincia, los presentes autos de juicio verbal del orden social de la jurisdicción en materia de CANTIDAD entre las siguientes partes:

Como demandante _____, quien ha comparecido asistido por la Letrada Dña. M^a José Jurado Córdoba.

De otra como demandadas la empresas TRANSPORTES MAZO HERMANOS, S.A.U. y GENISTRANS, S.A., que han comparecido representadas y asistidas por el Graduado Social D. _____.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Correspondió a este Juzgado por reparto ordinario la demanda iniciadora de las presentes actuaciones, en la que la parte actora terminaba suplicando se dictase sentencia condenando a la demandada a estar y pasar por lo en ella solicitado.



SEGUNDO.- Admitida y tramitada la demanda en legal forma, se señalaron los actos de conciliación y juicio para el día 11/06/2018, señalamiento a fin de aclarar la demanda. Se señalaron de nuevo los actos de conciliación y juicio para el día 02/04/2020. Los actos de conciliación y/o juicio señalados fueron suspendidos como consecuencia de la declaración del estado de alarma y por sus sucesivas prorrogas, a la vista del alzamiento de dicha suspensión, se señalaron de nuevo los actos de conciliación y juicio para el día 11/03/2021, fecha en que suspendió el acto del juicio para ampliar las cantidades reclamadas.

Por diligencia de ordenación se señalaron de nuevo los actos de conciliación y juicio para el día 5 de octubre de 2021, fecha en que se celebró el acto del juicio, tras no conseguirse la avenencia entre las partes en el acto de conciliación. La parte actora ratificó su demanda y escrito de ampliación de fecha 17/03/2021, si bien dado que el actor causó baja en la empresa en fecha 13/02/2019 se desistió de la pretensión de que se declare que la relación laboral del trabajador lo fue indefinida a tiempo completo desde su inicio. La parte demandada se opone a la pretensión actora y considera que nada adeuda al actor por los conceptos de horas de nocturnidad, horas extras, trabajo en descanso semanal (sábados y domingos), admitiendo solo adeudar en concepto de horas festivas la cantidad de 375,32 euros y 1.811,29 euros por horas de disponibilidad.

Hechas las alegaciones y practicadas las pruebas, las partes comparecidas elevaron sus conclusiones a definitivas, si bien la parte actora desistió de su acción frente a la empresa GENISTRANS, S.A., habida cuenta que la sociedad TRANSPORTES MAZO HERMANOS, S.A.U., procedió a la fusión por absorción aquella empresa, quedando los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

1º.- El demandante , con DNI , ha prestado servicios por cuenta y orden de la empleadora TRANSPORTES MAZO HERMANOS, S.A.U., dedicada a la actividad de transportes de mercancías por carretera, con la categoría profesional de conductor mecánico y devengando un salario bruto mensual de 1.707,86 € con prorrateo de pagas extras incluida, siendo de aplicación a dicha relación laboral el Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera de la provincia de Valencia. (Hecho no controvertido)

2º.- El iter contractual del actor ha sido el siguiente:

.- El trabajador suscribió con la empresa GENISTRANS, S.A., contratos de carácter temporal, códigos 401 y 402, a tiempo completo sin solución de continuidad desde el 13 de marzo de 2002 hasta el 08-10-2003, pasando después a la empresa TRANSPORTES MAZO HERMANOS, S.A.U., desde el 09-10-2003 también en virtud de contratos de carácter temporal, códigos 401 y 402, según detalle que obra en la vida laboral aportada por el actor en su ramo de prueba y que se da por reproducida en aras a la brevedad.

Se aportan por la empresa los cuatro contratos siguientes donde figura que la "jornada de trabajo será de 40 horas semanales prestadas de Lunes a Domingo":

- .- Del 20/11/2005 hasta fin servicio u obra determinada (CT 401).
- .- Del 01/07/2006 hasta fin servicio u obra determinada (CT 401).
- .- Del 13/09/2006 hasta fin servicio u obra determinada (CT 402).
- .- Del 13/10/2006 hasta fin servicio u obra determinada (CT 401).

En la cláusula adicional tercera del contrato de trabajo del actor consta: "Las funciones a realizar por el trabajador, además de las establecidas por las normas en vigor, serán las siguientes: Comprobar las mercancías antes de firmar los contratos de Transporte y hacer firmar los mismos a los destinatarios en las descargas; cobrar en destino los portes cuando lo ordene la Empresa; colocar las lonas; cambiar ruedas y reparar pequeñas averías; comprobar y mantener en viaje correctamente los aparatos frigoríficos; colocar los palets del vehículo, subiéndolos y bajándolos del vehículo si no lo hiciera el cargador o el destinatario de la mercancía; cargar y descargar la mercancía en el lugar indicado por el cliente o destinatario de la misma; realizar trámites en las Aduanas y en general todas aquellas funciones encaminadas a la prestación y buen funcionamiento de los transportes que realice."

En fecha 13-10-2006 el trabajador figura de alta mediante contrato de trabajo indefinido fijo discontinuo (código 389), con baja el 09-09-2007, suscribiendo un posterior contrato de carácter temporal, código 402 hasta el 15-11-2007, habiendo permanecido el trabajador de alta en la empresa desde el 16-10-2007 hasta el 03-09-2018, mediante contratos de trabajo con código 300, según detalle que obra en la vida laboral que se da por reproducida en aras a la brevedad, pasando el 06/11/2018 a suscribir un contrato indefinido ordinario a tiempo completo (código 100).

(Resulta del informe de vida laboral del actor aportado como documentos n.º 1 a 5 y del bloque documental n.º 1 de la empresa)

3º.- El actor causó baja en la empresa en fecha 13/02/2019 siendo la causa "baja pase pensionista".

(No controvertido y resulta del documento n.º 211 de la empresa)

4º.- El demandante realizó en el periodo que se indica las horas nocturnas registradas en horas conducción y Horas Otros Trabajos que se consignan, devengando la cantidad de 1.256,42 euros:

Nocturnidad	Horas conducción	Horas Otros Trabajos	Total	Precio hora	Total
Del 27/10/2016 al 31/12/2016	95:07	02:27	97:34	2,55 €	248,94 €
Del 4/1/2017 al 24/12/2017	228:00	12:33	240:33	2,59 €	623,58 €
Del 2/1/2018 al 27/12/2018	122:35	13:10	135:45	2,63 €	357,19 €
Del 3/1/2019 al 10/1/2019	08:27	01:30	09:57	2,68 €	26,71 €
Nocturnidad Total	454:09	29:40	483:49		1.256,42 €

(Resulta de los informes periciales aportado por ambas partes, en particular el anexo 1 de la pericial actora)

5º.- El actor realizó las siguientes horas extraordinarias aplicando los registros de conducción más otros trabajos, habiendo devengado un total de 2.645,48 euros por dicho concepto, en el periodo que se indica:

	Horas Extras	Precio	Total
Del 24/10/2016 al 31/12/2016	51,07	12,13	619,48 €
Del 13/2/2017 al 28/5/2017	33,18	12,33	409,11 €
Del 9/7/2018 al 30/12/2018	115,07	12,51	1.439,53 €
Del 1/1/2019 al 13/1/2019	13,9	12,76	177,36 €
	213,22		2.645,48 €

(Resulta de los informes periciales aportado por ambas partes, en particular el apartado I de la pericial actora)

6º.- El demandante en los años 2016, 2017 y 2018, prestó servicios los siguientes días festivos, realizando el tiempo de trabajo efectivo (aplicando los registros de conducción más otros Trabajos) de 53,27 horas, habiendo devengado la cantidad de 413,90 euros, de conformidad con el precio que se consigna:

- 2016: 1-11-2016, 6, 8 y 26-12-2016, total 25,30 horas (7,65€).
- 2017: 6/1/17, 17-03-2017, 24-04-2017, y 1-05-2017, total 16,27 horas (7,78€).
- 2018: 15/8/18 y 8/12/18, total 11,30 horas (7,89€).

(Resulta de los informes periciales aportado por ambas partes, en particular el apartado IV de la pericial actora, págs. 23 y 24)

7º.- El demandante ha trabajado los sábados y domingos, correspondientes a descanso semanal que se indican y que se especifican en el apartado V del informe pericial de la parte actora correspondientes al periodo del 29/10/2016 al 6/1/2019, que se da por reproducido, habiendo resultado las horas de trabajo efectivo siguientes, aplicando los registros de conducción más otros trabajos y devengando la cantidad de 3.886,60 euros, de conformidad con el precio que se consigna:

	Horas conducción	Horas Otros Trabajos	Total	Precio hora	Total
2016	54:10:00	3:16:00	57:26:00	7,65 €	439,62 €
2017	246:08:00	20:27:00	266:35:00	7,78 €	2.073,20 €
2018	140:28:00	24:13:00	164:41:00	7,89 €	1.299,95 €
2019	8:46:00	0:24:00	9:10:00	8,05 €	73,82 €
					3.886,60 €

(Resulta de los informes periciales aportado por ambas partes, en particular el apartado V de la pericial actora, págs. 24 a 26)

8º.- El demandante ha realizado su trabajo "en equipo" junto con su esposa Dña

(No controvertido y resulta de la sentencia firme del Juzgado de lo Social n.º 5 de Valencia, autos n.º 681/2018, de fecha 02/10/2019).

9º.- Las horas de disponibilidad registradas son las que se recogen en el anexo 2 de la pericial actora, y que se da por reproducido en aras a la brevedad, habiendo devengado la cantidad de 15.099,93 euros:

	Horas disponibilidad	Precio	Total
Del 24/10/2016 al 31/12/2016	246:11:00	10,21 €	2.512,54 €
Del 2/1/2017 al 31/12/2017	908:56:00	10,37 €	9.424,96 €

Del 1/1/2018 al 30/12/2018	299:19:00	10,52 €	3.150,27 €
Del 1/1/2019 al 13/1/2019	1:08:00	10,74 €	12,17 €
	1.455:34:00		15.099,93 €

(Resulta de los informes periciales aportado por ambas partes)

10º.- Obran a los folios 24 a 32 del ramo de prueba del actor informes de las actuaciones realizadas por la inspección de trabajo en relación a las retribuciones de los trabajadores de la empresa demandada y al tipo de contrato, que se dan por reproducidas en aras a la brevedad.

Así el día 10 de octubre de 2017 la Inspección de Trabajo realizó una visita a la empresa demandada, y tras examinar la documentación aportada por la partes y las manifestaciones de la empresa y el Comité de Empresa, consideró comprobado lo siguiente: a) Que la empresa incurría en infracotización al aplicar indebidamente del Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera de la Provincia de Cádiz, con retribuciones inferiores al Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera de la Provincia de Valencia, que es el que debía aplicar. b) Que la empresa demandada, conforme a los tacógrafos y resúmenes anuales facilitados ha dejado de cotizar: 99.080,10 euros en 2014; 152.214,30 euros en 2015; 177.298,95 euros en 2016 y 118.728,19 euros en 2018, lo que supone un total de 547.321,54 euros. Dicha falta de cotización deriva de no haber declarado las horas nocturnas comprendidas entre las 22,00 y las 6,00 horas, que llevan un incremento del 25%, ascendiendo el valor de la hora a 10.10 euros en 2014 y 2015; 10,20 euros en 2016 y 10,36 euros en 2017, siendo las horas nocturnas no declaradas un total en la empresa de 39.317,5 horas en 2014; 60.402,5 horas en 2015; 69.529,00 horas en 2016 y 45.841,00 horas en 2017. c) Igualmente se comprueba que hay trabajadores que conducen en domingos y festivos y tiempos de presencia de determinados trabajadores que, a la vista de la jornada anual realizada por los mismo, no han podido ser compensadas por tiempos de descanso y a las que no se ha aplicado el porcentual correspondiente que, en consecuencia, no ha sido objeto de cotización a la Seguridad Social.

El segundo de los citados informes termina diciendo que en virtud de la actuación inspectora la empresa procedió a la conversión de 47 contratos en indefinidos (código 100) procediendo en su mayoría (41) de una articulación de la relación laboral como fijos discontinuos.

11º.- En el BORME de fecha 9-08-2013 consta publicada la fusión por absorción de GENITRANS SA por TRANSPORTES MAZO HERMANOS SAU, con extinción de la primera. (Doc. 2 del actor)

12º.- Con fecha 18/07/2017 se presentó papeleta de conciliación ante el servicio administrativo competente en materia de reconocimiento de derecho y cantidad, celebrándose el acto conciliatorio el día 12/09/2017, terminando con el resultado de "sin avenencia" en relación a la empresa TRANSPORTES MAZO HERMANOS, S.A.U.. El día 19/07/2018 se presentó la demanda en el Decanato de estos Juzgados que fue repartida a este Juzgado de lo Social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), los hechos declarados probados en la sentencia se han obtenido, tanto de la falta de contradicción sobre los mismos, como de la valoración conjunta de la prueba documental aportada de acuerdo con los principios de la sana e imparcial crítica, del interrogatorio de los testigos _____, Jefe de tráfico y Secretario del comité de empresa y _____ conductor mecánico de la empresa demandada valoradas según las reglas de la sana crítica (art. 376 LEC) y de las pruebas periciales técnicas de profesional especializado en análisis de tacógrafo, Srs. _____ - a instancia del actor - y _____ - a instancia de la empresa -, en ambos casos se analizan las descargas de las tarjetas de conductor con número identificador E20764594X000011 y E20764594X000002, valoradas según las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC), constando junto a cada ordinal los concretos medios de prueba que guardan relación directa con su contenido.

En cuanto a la antigüedad del trabajador, se postula en demanda la de 13/03/2002 correspondiente a un primer contrato de trabajo cuya clave/código es 402, es decir, eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo sin que haya existido en el acto del juicio oposición por la empresa. Así pues, hay que estar al contenido del hecho probado segundo de esta resolución y, por tanto, a la antigüedad postulada por la parte actora, pues desde el 13/03/2002 hasta el 13/10/2016 la relación es equiparable a la de los trabajadores fijos discontinuos y en esta última fecha el trabajador figura de alta mediante contrato de trabajo indefinido fijo discontinuo (código 389), con baja el 09-09-2007, suscribiendo un posterior contrato de carácter temporal, código 402 hasta el 15-11-2007, habiendo permanecido el trabajador de alta en la empresa desde el 16-10-2007 hasta el 03-09-2018, mediante contratos de trabajo con código 300, de modo que la suscripción o el alta del trabajador mediante un rosario de contratos temporales no impide aplicar la doctrina de la unidad esencial del vínculo laboral entre las partes (STS de 15/05/2015, rec. 878/2014, que reitera doctrina SSTS de 8-3-07, rec.175/04, de 17-12-07 rec. 199/04 y de 18/02/2009, rec 3256/2007, existiendo solo breves interrupciones y cuyo colofón es el reconocimiento por la empresa en fecha 06/11/2018 de su condición de trabajador indefinido a tiempo completo.

SEGUNDO.- La parte actora reclama un total de 23.302,33 euros más el 10% de mora euros de los cuales; 1.256,42 euros corresponden a los conceptos de horas de nocturnidad; 2.645,48 euros por horas extras; 15.099,93 euros por horas de disponibilidad; 413,90 euros de trabajo en festivos; y 3.886,60 euros por descanso semanal (Sábados y domingos) y todo ello más el 10% de mora.

La empresa se opone a la pretensión actora y afirma que nada adeuda al actor por los conceptos de horas de nocturnidad, horas extras, trabajo en descanso semanal (sábados y domingos), admitiendo solo adeudar en concepto de horas festivas la cantidad de 375,32 euros y 1.811,29 euros por horas de disponibilidad.

Comenzando por la pretensión en materia de **horas nocturnas** el demandante realizó en el periodo que se indica 483,49 horas nocturnas registradas en horas conducción y Horas Otros Trabajos que se consignan en el hecho probado

4º de esta reolución, existiendo coincidencia sustancial con las horas que calcula el perito de la empresa (480 horas), debiendo estar al desglose que efectúa la parte actora, por ser más minucioso.

La empresa sostiene que procede compensar dichas horas con el descanso retribuido entendiéndose por tal la parte demandada, el tiempo de descanso semanal que excede de las 45 horas semanales, es decir, que excede del tiempo total de descanso diario y semanal mínimo obligatorio, fijando como obligatorio un descanso semanal de 84/96 horas y acumulando al saldo de descanso el exceso sobre este descanso y concluye que el citado descanso retribuido asciende a:

- .- 2016: 227:40 h.
- .- 2017: 1.076:51 h.
- .- 2018: 1.301:04 h.
- .- 2019: 189:43 h.

Por ello, teniendo en cuenta las horas nocturnas registradas (97:34; 240:33; 135:45; y 09:57, respectivamente) quedarían compensadas, resultando un total de 00:00 horas nocturnas.

Dispone el artículo 27 del Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera de la provincia de Valencia, (B.O.P. de 8 de junio de 2.017), bajo el enunciado de "Nocturnidad", que "Las horas trabajadas durante el periodo nocturno, comprendido entre las 22 y las 6 horas, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno, tendrán una retribución específica incrementada en un 25% sobre el valor de la hora que corresponda al salario base: salario base X 15 meses = valor hora jornada anual efectiva trabajo".

Al respecto no es controvertido que el actor ha realizado horas nocturnas y que el número total de dichas horas no llega al $\frac{1}{3}$ de la jornada anual para ser considerado trabajador nocturno.

Pues bien, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 36.2 del E.T., precepto en el que se establece que "El trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos", sin embargo, para que proceda la compensación por descanso de las horas nocturnas realizadas resulta necesario, tal como se infiere del tenor literal del citado artículo 36.2 del E.T., la existencia de un acuerdo expreso de compensación de las horas nocturnas por descanso, acuerdo que no consta acreditado que fuera suscrito por el actor y la empresa demandada - máxime cuando ninguna de las partes aporta los contratos de trabajo que se hubieren suscrito entre ellos, salvo los cuatro que se citan en el hecho probado 2º de esta resolución y donde nada se prevé al respecto -, y que el convenio de aplicación tampoco prevé la compensación de las horas nocturnas por descansos, no constando tampoco acreditado que la empresa demandada tuviera suscrito algún acuerdo con la RLT relativo a la compensación de las horas nocturnas por descanso.

Por ello procede estimar la pretensión actora en relación con dicho concepto y no siendo controvertido el precio de la hora nocturna que consta en el hecho probado 4º de esta resolución, el trabajador devengó la cantidad reclamada de 1.256,42 euros

TERCERO.- El siguiente concepto referido en demanda corresponde a **horas extraordinarias** y en base a los pronunciamientos del TSJ de la Comunidad valenciana, reconoce la parte actora que únicamente se tiene en cuenta horas de conducción y horas de otros trabajos (tiempo de trabajo efectivo), corrigiendo así el cálculo contenido en la demanda donde se incluían las horas de disponibilidad.

Reclama el actor, la cantidad total de 2.645,48 euros por la realización de un total de 213,22 horas extraordinarias aplicando los registros de conducción más otros Trabajos en el periodo comprendido entre los días 24/10/2016 y 13/01/2019, de acuerdo con el desglose que se recoge en el hecho probado 5º de esta resolución.

El art. 19 del Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera de la provincia de Valencia, relativo al "parte de trabajo, control de la jornada", dispone que "Las Empresas afectadas por el presente Convenio deberán establecer un control de la Jornada efectiva de trabajo, bien mediante partes de trabajo diarios cuya copia se entregará al trabajador/a firmándola ambas partes, bien mensualmente mediante los propios medios mecánicos y electrónicos existentes legalmente para el control de los tiempos de trabajo, aplicándose en cada empresa el sistema más adecuado según el sector de actividad que se trate".

Lo cierto es que la empresa no entrega ningún parte diario del trabajo realizado para control de la jornada de trabajo, utilizándose para ello los registros del tacógrafo, que se encuentran como datos registrados en la tarjeta del conductor, así como en el tacógrafo del camión. Además, el art. 13, in fine del convenio, establece respecto a la "Información Horas Extras Realizadas" que "las empresas entregarán a los Representantes de los Trabajadores y a los trabajadores, de conformidad con la legislación vigente, resumen de las horas extras realizadas", no constando que la demandada haya cumplido con esta obligación.

Hay que estar, en consecuencia, a la jornada diaria registrada la que se recoge en el informe pericial del actor en los anexos I, II y anexo III. A partir de dichos registros diarios se han agrupado por semanas teniendo en cuenta la distribución de la jornada efectiva conforme al convenio colectivo y el tiempo trabajado por el demandante al ser fijo discontinuo. El informe pericial del actor procede a extraer los cómputos semanales que exceden de 40 horas de tiempo de trabajo efectivo y a partir de ahí se desprenden un total de 213,22 horas extraordinarias de exceso de jornada ordinaria en cómputo diario y semanal.

La empresa manifiesta que nada adeuda al actor por los conceptos de horas extraordinarias, porque las únicas que admite son 20,11 horas extras correspondientes al periodo del 1/1/2019 al 13/1/2019, pero que, dice, se han compensado con descanso retribuido.

En nuestra jurisprudencia es clásica la exigencia de que el trabajador que formula una reclamación como la aquí enjuiciada acredite que ha trabajado las horas extraordinarias en que basa la misma, debiendo hacerlo de forma detallada y minuciosa (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1989, por todas). Se trata, en definitiva, de una mera aplicación del principio recogido en el art. 217.2 de la LEC, conforme al cual corresponde al actor la carga de probar la certeza de los

hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda.

En el presente caso, hay que partir de que la jornada desarrollada por el trabajador es de las catalogadas como jornadas especiales (tiempo de trabajo efectivo por conducción y trabajo; descansos obligatorios legales diarios que no son computados como horas extraordinarias y sí retribuidos en la prestación laboral ordinaria y en su caso horas de presencia que no computan en orden del tiempo máximo de trabajo ni como horas extras), y en tal caso vienen establecidos los límites de jornadas ordinarias diarias, semanales y anuales en el propio marco convencional que resulta de aplicación. En este caso, el convenio aplicable, como ya se ha dicho y no controvertido es el Convenio Colectivo de transportes de mercancías por carretera de la Provincia de Valencia.

Establece el citado Convenio Colectivo en su art. 11 referido a la jornada ordinaria, que la jornada ordinaria de trabajo efectivo para todas las empresas y trabajadores afectados por el presente Convenio durante la vigencia del mismo será de 1761 horas anuales; indica que se entenderá por horas ordinarias de trabajo efectivo aquellas que no excedan de 9 horas diarias, 40 horas semanales de promedio en cómputo bisemanal y de las que no excedan de los cómputos anuales, reflejados anteriormente, para cada año de vigencia del convenio.

A su vez, en su art. 13 se regula expresamente que tendrán carácter de horas extraordinarias aquellas que efectivamente trabajadas excedan de los límites o cómputos de jornada ordinaria pactados diarios, semanal, bisemanal o anual indicados; no se computarán a los efectos de los límites de horas extraordinarias las horas consideradas de presencia, ni aquellas que habiéndose realizado como extraordinarias se compensen por tiempo de descanso equivalente. Y añade, en relación con la "Compensación por Tiempos de Descanso", lo siguiente: "las horas extraordinarias podrán compensarse por tiempos de descanso equivalente dentro de los 60 días siguientes del término del periodo de cómputo bisemanal en el que se hicieron. Si no se compensasen en dicho plazo, se entenderá que se opta por abonarlas, en cuyo caso se abonarán en la nómina inmediata al vencimiento del plazo. Se descontarán de dichos 60 días los períodos de IT dentro de los límites fijados por el ET. La compensación, abono y realización de las horas extras, se realizará desde el principio de la no discriminación.

En todo caso, las horas extras acumuladas para su compensación se concederán en jornadas completas y se preavisarán con al menos 5 días naturales de antelación, pudiéndose unir el tiempo de descanso compensado con las vacaciones anuales, siempre que exista acuerdo entre empresa y trabajador afectado".

El art. 16 dispone que "las empresas podrán distribuir la jornada ordinaria de trabajo de forma irregular a lo largo del año respetando, en todo caso, los siguientes criterios:

La distribución irregular de la Jornada, podrá afectar a la totalidad de la plantilla o, de forma diversa, por secciones o departamentos, durante todo el año o solamente por periodos estacionales; todo ello en función de las necesidades de producción de la empresa.

La jornada ordinaria de lunes a viernes se podrá distribuir irregularmente en un 10% de la misma, 176 horas, y a lo largo de cada año de vigencia.

En los supuestos de distribución irregular de la jornada ésta no podrá ser inferior a 6 horas ni superior a 10 diarias, y 30 horas y 48 horas semanales. (...)

En su art. 17 el Convenio Colectivo de aplicación, regula la jornada de trabajo ordinaria que se distribuirá de la siguiente forma: "a) para los trabajadores cuya actividad sea la conducción de vehículos se estará a lo dispuesto por el Reglamento de la CEE nº 561/06 y normas legales concordantes en vigor, siendo de aplicación como norma supletoria la dispuesto en el artículo 28.3 d, e, f, del II Acuerdo General Estatal para el Sector del Transporte de Mercancías por Carretera. (...)".

Del artículo 8 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, resulta, como ya se ha indicado, que las horas de presencia no computan a los efectos de determinar si se han realizado horas extraordinarias y, en su caso, el número de horas extraordinarias realizadas, habiendo manifestado la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Valenciana que "*La misma aplica con rectitud el art. 13 del Convenio colectivo provincial del sector de transporte de mercancías por carretera que al regular las horas extraordinarias las define como aquellas que excedan de las previstas para una jornada ordinaria de trabajo, con exclusión de las horas de presencia y las extraordinarias compensadas con tiempo de descanso equivalente.*" (S.T.S.J. de la Comunidad Valenciana de 23-6-2006).

Entrando en el cálculo de las horas extras, el informe pericial a instancia del actor parte de cómputos diarios y semanales conforme se establece en los artículos 11, 13 y 17 del convenio colectivo de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Valencia y a partir del análisis de los datos efectuados de las tarjetas de transporte. También la Directiva 2002/15 CE, de modo que las Jornadas que se han superado las 9 horas de trabajo en cómputo diario, de acuerdo a los artículos 11 y 13, son extraordinarias. Siendo este el límite máximo aún cuando se hubiera podido establecer un calendario y jornada irregular. Se acude al Tiempo Total de conducción tras el sumatorio de todos los períodos de conducción diario contenidos en una jornada de trabajo y después procede al cómputo semanal de jornada.

Para el cómputo se utiliza el calendario de la provincia de acuerdo con lo dispuesto en el convenio colectivo de transporte por mercancías por carretera de la provincia de Valencia, y los festivos locales de la localidad de Alzira. Se obtienen las horas que se indican en los gráficos de las páginas 15 a 18 del informe. Después se procede a extraer los cómputos semanales que exceden de 40 horas de tiempo de trabajo efectivo. Se muestran los cómputos semanales que se supera las 40 horas registradas y se obtiene el resultado que obra en la página 20 del informe, que limitado al periodo objeto de reclamación fija las horas extras en la cifra reclamada de 213,22 horas extraordinarias en el periodo comprendido entre los días 24 de octubre de 2016 y 13 de enero de 2019 y se concluye que no ha existido descanso compensatorio.

El informe pericial de la empresa parte de realizar un cómputo del tiempo de trabajo efectivo que igualmente incluye el tiempo de conducción y otros trabajos para saber si hay o no horas extras, de acuerdo con la tarjeta tacógrafo del conductor y alcanza los datos siguientes para el periodo del 27/10/2016 al 10/01/2019:

- Año 2016, 289,48 horas de trabajo efectivo.

- .- Año 2017, 1.012,77 horas de trabajo efectivo.
- .- Año 2018 , 930,62 horas de trabajo efectivo.
- .- Año 2019 (del 01/01/19 al 10/01/19), 68,35 horas de trabajo efectivo.

Después tiene en cuenta que la jornada anual de trabajo efectivo es de 1.761 horas anuales y realiza un cálculo proporcional de las horas reglamentarias que correspondería , cuantificándolas en 313,60 para el año 2016; 1.312,30 para el año 2017; 1.399,15 para el año 2018; y 48,24 para el año 2019 para concluir que en los años 2016, 2017 y 2018 no hubo horas extraordinarias y en el año 2019 solo se hicieron 20,11 horas extras, pero que se compensaron con descanso retribuido, por lo que no se adeuda nada por este concepto.

Ahora bien, el informe pericial de la empresa olvida que el art. 11 del convenio establece que se entenderá por horas ordinarias de trabajo efectivo aquellas que no excedan de 9 horas diarias, 40 horas semanales de promedio en cómputo bisemanal y que la jornada de trabajo del actor es de 40 horas semanales, por lo que no es factible hacer un simple cómputo anual, máxime cuando hay que tener en cuenta que de acuerdo con el art. 8.2 del Real Decreto 1561/1995, "Serán de aplicación al tiempo de trabajo efectivo la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores y los límites establecidos para las horas extraordinarias en su artículo 35", y añade, "Los trabajadores no podrán realizar una jornada diaria total superior a doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias", conclusión de todo ello es que hay que admitir como correcto el cálculo postulado por la parte actora.

Finalmente, como se ha dicho, el art. 13 del convenio en relación con la "Compensación por Tiempos de Descanso", establece que: "las horas extraordinarias podrán compensarse por tiempos de descanso equivalente dentro de los 60 días siguientes del término del periodo de cómputo bisemanal en el que se hicieron. Si no se compensasen en dicho plazo, se entenderá que se opta por abonarlas, en cuyo caso se abonarán en la nómina inmediata al vencimiento del plazo. Se descontarán de dichos 60 días los periodos de IT dentro de los límites fijados por el ET. La compensación, abono y realización de las horas extras, se realizará desde el principio de la no discriminación.

En todo caso, las horas extras acumuladas para su compensación se concederán en jornadas completas y se preavisarán con al menos 5 días naturales de antelación, pudiéndose unir el tiempo de descanso compensado con las vacaciones anuales, siempre que exista acuerdo entre empresa y trabajador afectado".

Por tanto, las horas extras podrían ser compensada tal y como fija el convenio colectivo y su norma subsidiaria el Acuerdo General de transporte de mercancías por carretera, en los 60 días siguientes a su realización por jornadas completas, descanso compensatorio proporcional, mediante negociación, sin embargo, en el presente caso, la empresa a quien corresponde la carga de la prueba, no ha acreditado ningún acuerdo y ningún preaviso, que permita determinar, siquiera indiciariamente, la existencia de compensación de las citadas horas extras con tiempo de descanso.

En consecuencia, el actor ha devengado un total de 2.645,48 euros por la realización de un total de 213,22 horas extraordinarias aplicando los registros de

conducción más otros Trabajos en el periodo comprendido entre los días 24/10/2016 y 13/01/2019, de acuerdo con el desglose que se recoge en el hecho probado 5º de esta resolución, teniendo en cuenta que el valor de la hora extra asciende a 12,13€ para el año 2016; 12,33€ para el año 2017; 12,51€ para el año 2018; y 12,76€ para el año 2019, cálculos no controvertidos.

CUARTO.- El siguiente concepto reclamado en demanda corresponde a **horas trabajadas en días festivos**, 4 en 2016, 4 en 2017 y 2 en 2018, con un total de 53,27 horas de modo se reclaman un total de 413,90 euros.

La empresa por su parte, teniendo en cuenta el calendario laboral de Alzira admite como trabajados los días festivos que reclama el actor si bien difiere mínimamente el cómputo de horas que calcula en 48,45 horas, admitiendo adeudar en concepto de horas festivas la cantidad de 375,32 euros.

Pues bien, a la vista tanto del anexo 3º del informe pericial del actor como del anexo 5º del informe pericial de la empresa el cómputo correcto es del trabajador, por otra parte, no es controvertido el cálculo que efectúa la parte actora de modo que debe abonarse cada hora de conformidad con el art. 47.1 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, con un incremento del 75% del salario hora ordinaria, en los términos que constan en el hecho probado 6º de esta resolución, habiendo devengado un total de 413,90 euros.

QUINTO.- Reclama asimismo el actor las **horas trabajadas en día de descanso semanal, sábados y domingos** que se indican y que se especifican en el apartado V del informe pericial de la parte actora correspondientes al periodo del 29/10/2016 al 6/1/2019, habiendo resultado las horas de trabajo efectivo siguientes: 57,26h en 2016; 266,35h en 2017; 164,41h en 2018; y 8,05h en 2019, aplicando los registros de conducción más otros trabajos y reclamando la cantidad de 3.886,60 euros.

Frente a dicha pretensión opone la empresa que el trabajador ha prestado servicios según el contrato con jornada de lunes a domingo, disfrutando de los descansos previstos legalmente, por lo que el trabajo de sábados y domingos, forma parte de la jornada ordinaria y no se adeuda nada por dicho concepto.

Ahora bien, coincidiendo en la explicación contenida en la sentencia firme del Juzgado de lo Social n.º 5 de fecha 02/10/2019 que se aporta como instructa y que corresponde a la demanda en reclamación de cantidad (por los mismos conceptos que el demandante Sr. XXXXXXXXXX formulada por la cónyuge del actor Dña. XXXXXXXXXX, con quien el demandante realizaba su trabajo en equipo, del examen de los contratos de trabajo suscritos entre las partes resulta que solo se aportan cuatro de carácter temporal frente al rosario de contratos que aparecen en su vida laboral. Son contratos de 2005 a 2006 y aunque en ellos si aparece pactada que la "jornada de trabajo será de 40 horas semanales prestadas de Lunes a Domingo", no se aportan el resto de los que figuran con posterioridad, ni el de fecha 13-10-2006 en el que el trabajador figura de alta mediante contrato de trabajo indefinido fijo discontinuo (código 389), ni el posterior contrato de carácter temporal,

código 402, ni los contratos de trabajo con código 300, ni el contrato indefinido ordinario a tiempo completo (código 100) suscrito el 06/11/2018, desconociéndose la jornada pactada y la distribución horaria, por lo que no se ha acreditado que su jornada fuera siempre de lunes a domingo. Se insiste, no se aportan contratos posteriores ni se ha practicado prueba para acreditar el acuerdo entre las partes acerca de la jornada. Por tanto, no puede afirmarse tal como pretende la demandada, que el horario pactado fuera de lunes a domingo, extremo éste que debía haberse pactado expresamente en el contrato de trabajo suscrito por los litigantes, siendo, por ello, de aplicación lo establecido en el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre Regulación de la Jornada de Trabajo, Jornadas Especiales y Descansos, precepto en el que se establece que “Cuando, excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente o, en su caso, de descanso semanal, la Empresa vendrá obligada a abonar al trabajador, además de los salarios correspondientes a la semana, el importe de las horas trabajadas en el día festivo o en el período de descanso semanal, incrementadas en un 75 por 100, como mínimo, salvo descanso compensatorio”.

De acuerdo al artículo 17 del convenio de transporte de mercancías por carretera y logística de valencia se establece una distribución ordinaria de la jornada ordinaria de lunes a viernes. Siendo la referencia en este convenio la legislación supletoria al acuerdo general y el reglamento CEE 561/2006. El reglamento 561 no establece ningún tipo de distribución semanal. En su artículo 11 establece la preponderancia de las disposiciones de los estados miembros y los acuerdos entre los interlocutores sociales. No habiendo mención a la distribución de jornada en el II Acuerdo General de empresas de transporte de mercancías, más allá del Estatuto de los trabajadores e incluso la prohibición de imputar jornada irregular al trabajo en sábados ni a jornadas nocturnas en su artículo 14, correspondería la retribución de estas jornadas por formar parte del descanso semanal teórico, que debiera ser compensado por otros tiempos de descanso, especificándose los días de descanso, de acuerdo con el citado art. 17 del Convenio colectivo.

El convenio colectivo de aplicación y su norma subsidiaria garantizan las 12 horas de descanso diario y que para estar integrada en el descanso diario su duración debe de tener al menos 5 horas si la amplitud de jornada tiene más de 12 horas. (Referencia II Acuerdo General de Transporte de Mercancías). La semana puede llegar a tener hasta 6 jornadas siendo el descanso como norma general de 12 horas diarias (con todas la particularidades antes expuestas), con un descanso semanal mínimo de 36 horas o día y medio; de acuerdo con un promedio en un determinado tiempo (Hasta 4 semanas). Es decir, es completamente imposible desligar el descanso semanal con el descanso diario siendo preciso conectarlos y analizar amplios periodos. Los artículos 9 y 11 del Real Decreto 1561/1995 marcan el descanso mínimo, siendo las dos regulaciones complementarias, el primero de 12 horas de descanso mínimo diario, que aparece en la redacción del convenio del transporte de mercancías por carretera de la provincia de Valencia y 36 horas a la semana con promedios de 4 semanas. El artículo 11, recoge los descansos mínimos del Reglamento CE/561/2016, en tal que la organización de los descansos diarios y semanales sea de 11 horas diarias y 45 a la semana en promedios de 3 semanas. Debiendo cumplir los dos. Siendo éste el límite europeo que debe ser “Recuperado”.

El resultado son los datos que aparecen en el apartado V del informe pericial de la parte actora correspondientes al periodo del 29/10/2016 al 6/1/2019, calculándose así el total de horas trabajadas en sábados y domingos y que no han sido compensadas con descansos adicionales. Ahora bien, el art. 47 del Real Decreto 2001/1983, declarado expresamente vigente por la Disposición derogatoria única del Real Decreto 1561/1995, ha sido objeto de análisis e interpretación por la SAN de 23/09/2019, rec. 161/2019, cuando dice, en relación con el Convenio de empresas de seguridad que "... Parece claro, por tanto, que el TS anuló la referencia a la retribución de las horas extraordinarias, pactada en el artículo 44 del Convenio de empresas de seguridad, que remitía a la retribución ordinaria, por cuanto la misma vulneraba lo dispuesto en el art. 47 RD 2001/1983, aunque las horas extraordinarias se realizaran durante los descansos semanales.

La Sala considera que, cuando concurran los supuestos, previstos en el art. 47 RD 2001/1983, es decir cuando no sea posible de modo excepcional, por razones técnicas y organizativas, el descanso semanal, no cabe aplicar el régimen de compensación, previsto en dicha norma en su totalidad, porque fue derogada parcialmente por la Disposición Derogatoria Única del RD 1561/1995, que lo mantuvo vigente únicamente para las fiestas laborales y no para los descansos semanales.

La exposición de motivos del RD 1561/1995 explica claramente los objetivos globales: A tales fines responde la presente norma, que teniendo especialmente en cuenta las prescripciones contenidas en la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, persigue hacer compatibles las necesidades específicas a que se ha hecho referencia con el respeto del derecho de los trabajadores al descanso y a la limitación de la jornada laboral, de forma que, a través de un régimen de descansos alternativos, las peculiaridades que la norma regula no redunden tanto en una real ampliación de la jornada o en una reducción de los descansos, como en una posibilidad de ordenación más flexible de los mismos de manera adecuada a las características de cada actividad. - Es claro, por tanto, que la adaptación de la jornada, que deberá ajustarse flexiblemente a los requerimientos de la demanda, tiene como límite que no suponga una real ampliación de la jornada o en una reducción de descansos.

Por esa razón, la D. Derogatoria Única de la norma citada mantiene el régimen de compensación para las fiestas laborales, pero lo deroga para los descansos semanales. - Si no lo hubiera hecho así, si pudiera compensarse con dinero el trabajo durante el descanso semanal, cuyo disfrute es el único modo de asegurar el cumplimiento de la Directiva 2003/88/CEE, de 4 de noviembre de 2003, quedaría vacío de contenido el derecho al descanso mínimo semanal, reconocido en el art. 37.1 ET y con él, se comprometería la salud de los trabajadores, garantizado por el art. 43 CE."

No obstante, el art. 2.1 del RD 1561/1995, sobre "Regímenes de descanso alternativos" establece que "Las reducciones contempladas en este Real Decreto de los descansos entre jornadas y semanal previstos en los artículos 34, apartado 3, y 37, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores deberán ser compensadas mediante descansos alternativos, de duración no inferior a la reducción experimentada, a disfrutar dentro de los períodos de referencia que en cada caso se señalan, en la forma que se determine mediante acuerdo o pacto", y añade en su apartado 2.2, "el disfrute de los descansos compensatorios previstos en este Real Decreto no podrá ser sustituido por compensación económica, salvo en caso de finalización de la relación laboral por causas distintas a las derivadas de la duración del contrato o en el previsto en el párrafo c) del artículo 18". Pues bien, en el presente caso, el actor causó baja en la empresa en fecha 13/02/2019 siendo la causa "baja pase pensionista", por lo que también procede estimar la pretensión actora en relación con dichos conceptos.

En definitiva, en este punto hay que estar también a la prueba pericial de la parte actora y por ende, a la pretensión de dicha parte, de la que resultan 497,52 horas registradas en sábados y domingos en el período reclamado y cuya compensación asciende a 3.886,60 euros, de acuerdo con el desglose, cálculo y precios no controvertidos que se recogen en el hecho probado 7º de esta resolución.

SEXTO.- Reclama también el actor la cantidad total de 15.099,93 euros por el concepto de **horas de disponibilidad/presencia**, que totaliza en 1.455,34 horas.

La empresa solo admite adeudar 1.811,29 euros por 176,27 horas de disponibilidad, entendiendo que el resto han sido compensadas con descanso retribuido.

El tiempo de presencia no es de trabajo, pero sí de disponibilidad para la empresa (espera, guardia, averías, comidas en ruta...). El art. 8.1 Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, define el tiempo de presencia como "aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares.

En los convenios colectivos se determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia."

El artículo 3.b) de la Directiva 2002/15 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002 (al que se remite el artículo 34.5 a) del Reglamento (UE) 165/2014) define como tiempo de disponibilidad:

"Los períodos distintos de los períodos de pausa o de descanso durante los que el trabajador móvil no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos. En particular, se considera tiempo de disponibilidad los períodos durante los que el trabajador móvil acompaña un vehículo transportado en transbordador o en tren y los períodos de espera en las fronteras o los causados por las prohibiciones de circular.

El trabajador móvil deberá conocer de antemano estos períodos y su previsible duración, es decir, antes de la salida o justo antes del inicio efectivo del período de que se trate o bien en las condiciones generales negociadas entre los interlocutores sociales y/o definidas en la legislación de los Estados miembros;

- para los trabajadores móviles que conducen en equipo, el tiempo transcurrido durante la circulación del vehículo sentado junto al conductor o acostado en una litera".

Es decir, son tiempos de presencia aquellos en los que no siendo de pausa o descanso, el trabajador permanece inactivo y tiene libertad deambulatorio, pero debe estar disponible para la reanudación del trabajo y para los trabajadores móviles que conducen en equipo, como es el caso del actor, también lo son el tiempo transcurrido durante la circulación del vehículo sentado junto al conductor o acostado en una litera.

De los listados totalizados de tiempos de trabajo, coincidentes en lo sustancial en ambos informes periciales, se obtiene que el tiempo de presencia (disponibilidad) correspondiente al demandante durante el período reclamado que en 2016 es de

246,11h; de 908,56 en 2017; de 299,19 en 2018 y de 1,08 en 2019, con un total de 1.455,34 horas, según el desglose pormenorizado contenido en el anexo 2º del informe pericial del actor, al que hay que estar, frente a las 1.446,82 horas que obtiene el perito de la empresa.

Una vez determinadas las horas de presencia, es necesario tener en cuenta que éstas se pueden compensar con descanso retribuido, entendiendo por tal la parte demandada, el tiempo de descanso semanal que excede de las 45 horas semanales.

El art. 8.3 del Real Decreto 1561/1995, al que se remite el artículo 28.3 del II Acuerdo General para empresas Terrestres en Carretera (BOE 76, de 29/3/2012), dice que "... Las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias. Salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias", debiéndose, asimismo, tener presente que el Reglamento CEE 3281/85 del Consejo, relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera, en su artículo 15.3, establece que los conductores accionarán los dispositivos de conmutación que permitan registrar por separado y de modo diferenciado, el tiempo de conducción, los demás tiempos de trabajo, el tiempo de disponibilidad y las interrupciones de la conducción y los periodos de descanso diario.

Al respecto, ha manifestado la Jurisprudencia que *"la falta de cómputo como tiempo de presencia de los tiempos que resultan del tacógrafo registrados como de disponibilidad no afecta a la validez del registro del tacógrafo y a su homologación, puesto que el mismo registra los datos de la conducción por el movimiento del vehículo, pero no puede certificar cuál pueda ser la actividad del trabajador durante las paradas del mismo, lo que solamente registra en base a la posición del tacógrafo introducida por el propio trabajador"* (STSJ de Castilla y León, (Vall), de 23-9-2019, rec. 3772/2019).

Falta determinar qué se entiende por los períodos equivalentes de descanso retribuido" del artículo 8.1 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre.

En el informe pericial del ramo de prueba de la empresa se entiende que tiene esta consideración el tiempo de descanso que excede de las 45 horas de descanso semanal. En el Anexo 6 del citado informe se contiene la información sobre los descansos que exceden de la suma total del tiempo de descanso diario y semanal. Finalmente, procede a compensar las horas de presencia con el saldo resultante de descanso retribuido resultante después de compensar las horas extras y nocturnas (pág. 37 del informe en relación con la pág. 29) y concluye que las horas de presencia quedan parcialmente compensadas con el descanso retribuido, resultando un total de 176,27 horas de disponibilidad, después de compensación.

Ahora bien, no cabe compensación con horas no realizadas de conformidad con la STS de fecha 22/12/2000, rec. 1438/2000, que si bien referida a una empresa de transporte de viajeros por carretera, vino a señalar que la retribución de las horas de disponibilidad no pueden compensarse con horas de trabajo efectivo no realizadas, de tal manera que procede la íntegra retribución de todas las realizadas, con fundamento en el art. 30 del E.T.

En cualquier caso, hay que estar a lo resuelto por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20-10-2020, rec. 2722/2019, cuando señala *"la recurrente invoca lo dispuesto en los artículos 28.3 b del II Acuerdo del Transporte de mercancías por carretera y el artículo 8.3 del RD 1561/1995 de 21 de septiembre para reivindicar la posibilidad de compensación de las horas de disponibilidad y presencia con las horas trabajo no realizadas por debajo de la jornada anual fijada en el convenio. Y considera que no es aplicable en este caso lo dispuesto en la STS de 22 de diciembre de 2000 invocada por la sentencia recurrida para desestimar su pretensión, al tratarse de una resolución que interpreta la normativa del transporte de pasajeros y no de mercancías. Sin embargo la censura efectuada en estos términos, no puede prosperar pues al margen de que efectivamente la normativa interpretada hace referencia a un convenio de empresa que no es el aplicable en el presente caso lo hace en el marco de la normativa estatal y comunitaria que regula el trabajo en el sector del transporte, llegando a la conclusión de que el cómputo separado de las horas de presencia respecto de las horas ordinarias y extraordinarias de trabajo efectivo incide en su forma específica de retribución y en la posibilidad, expresamente prevista reglamentariamente, de que pueda pactarse "su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, pero no con la retribución a percibir, en todo o en parte, por horas ordinarias no realizadas por causas no imputables al trabajador" que es lo que en definitiva pretende la recurrente.*

En el caso que nos ocupa las normas aplicables a la relación laboral aquí analizada avalan el planteamiento anterior. Concretamente el artículo 8.3. del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo establece que: "Los tiempos de presencia no podrán exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes y se distribuirán con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente y respetando los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad. Las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias. Salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias" , y el artículo 28.3 del II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera (registrado y publicado por Resolución de 13 de marzo de 2012, de la Dirección General de Empleo) "De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8 a 12 del Real Decreto 1561/1995, para el cómputo de la jornada de actividad de los trabajadores móviles se distinguirá entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia, cuyo régimen será el previsto en los citados artículos, con las siguientes particularidades:.....b) La hora de presencia se compensará con tiempo de descanso retribuido equivalente o se abonará como mínimo al precio de la hora ordinaria". Por lo tanto, las horas de presencia acreditadas por el actor y no abonadas podrían compensarse con descanso retribuido, pero en ningún caso con horas ordinarias no realizadas por debajo de la jornada anual, al no ser tal concepto equiparable al descanso retribuido. Por lo tanto la resolución recurrida no infringe tampoco en este punto la norma aplicada y encuentra encaje legal pleno en las Directiva 2002/15 y 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 y en la doctrina comunitaria que en relación con esta materia se recoge entre otras en la STJUE de 10 de septiembre de 2015 C-266/2014) Asunto Tyco, sentencias Jaeger, C-151/02, EU:C:2003:437, apartado 48, y Dellas y otros, C-14/04, EU:C:2005:728, apartado 42, y autos Vorel, C-437/05, EU:C:2007:23, apartado 24, y Grigore, C- 258/10, EU:C:2011:12."

En conclusión, no siendo válido el cómputo efectuado por la empresa relativa al descanso retribuido y no acreditándose tampoco ningún acuerdo o pacto para su compensación ex art. 8.3 del Real Decreto 1561/1995, ha de serle reconocida al actor, por este concepto, la suma reclamada de 15.099,93 euros cuyo cálculo no ha

sido controvertido, teniendo en cuenta que se pagan al mismo importe que la hora ordinaria de conformidad con el art. 8 del citado RD 1561/1995.

Razones todas ellas que determinan que la demanda deba ser estimada condenando a la empresa a abonar al actor la cantidad total de 23.302,33 euros, correspondiendo 1.256,42 euros en concepto de nocturnidad, 2.645,48 euros por horas extraordinarias, 4.300,50 euros (413,90+3.886,60) en concepto de trabajo en sábados, domingos y festivos y 15.099,93 euros en concepto de presencia/disponibilidad,

SÉPTIMO.- Debe asimismo estimarse la pretensión tendente a la condena al pago del interés por mora reclamado de conformidad con lo dispuesto en el art. 29.3 del ET sobre los conceptos salariales y que debe calcularse sobre la base del interés anual del 10% desde la fecha en que los mismos fueron reclamados (art. 1.100 CC).

OCTAVO.- De conformidad con los arts. 191 y 192 de la L.R.J.S., contra la presente sentencia SI cabe recurso de suplicación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda presentada por [redacted] contra la empresa TRANSPORTES MAZO HERMANOS, S.A.U., condeno a la mercantil demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 23.302,33 euros, más el 10% anual en concepto de interés por mora.

Se tiene a la parte actora por DESISTIDA de su demanda frente a la empresa GENISTRANS, S.A.

Notifíquese esta Sentencia a las partes con advertencia de que no es firme y que contra ella cabe Recurso de Suplicación para ante **LA SALA DE LO SOCIAL DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA**, que deberá anunciarse dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes a esta notificación, bastando, para ello, la mera manifestación de la parte o de su Abogado o representante, al hacerle la notificación, de su propósito de entablar tal recurso, o por comparecencia o por escrito, también de cualquiera de ellos, ante este Juzgado de lo Social. Siendo requisitos necesarios que, al tiempo de hacer el anuncio, se haga el nombramiento del Letrado o Graduado Social Colegiado que ha de interponerlo entendiéndose que asume la representación y dirección técnica del recurrente el mismo que hubiera actuado con tal carácter en la instancia, salvo que se efectúe expresamente nueva designación.

El recurrente que no gozare de beneficio de justicia gratuita y "al tiempo de anunciar el recurso", deberá hacer entrega en la Secretaría de este Juzgado de resguardo, independiente o distinto del anterior, acreditativo del depósito del 300 Euros, en cualquier oficina del **BANCO SANTANDER, en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones", nº 4479000036071818**, abierta a nombre del Juzgado, sin cuyos requisitos no podrá ser admitido el recurso.

Remítase el original al libro de Sentencias, dejando testimonio en autos.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.