



Roj: **STS 3300/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3300**

Id Cendoj: **28079140012014100352**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/06/2014**

Nº de Recurso: **1039/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 24/2013,**
STS 3300/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Doña Teresa contra sentencia de fecha 17 de enero de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso núm. 1747/11, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cádiz, en autos núm. 93/2010, seguidos por DOÑA Teresa frente a CLECE, S.A., sobre reclamación de cantidad.

Se ha personado el Procurador Don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de CLECE, S.A.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de septiembre de 2010 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cádiz dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D^a Teresa asistida del Letrado D. Francisco J. García Páez contra la empresa CLECE, S.A. representada por el Letrado D. Francisco Sánchez Ortiz, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones actoras".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" **1.-** La actora, Teresa, mayor de edad, con DNI nº NUM000, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social nº NUM001, viene prestando servicios profesionales para la empresa Clece S.A. en base a un contrato de trabajo de carácter indefinido a tiempo parcial, desde el 3/05/08. La jornada estipulada es de 14 horas semanales - (7 horas sábados/domingos).

2.- Por la actividad de la empresa demandada es de aplicación el Convenio Colectivo del Personal de limpieza del Centro de Trabajo "Hospital Puerta del Mar"- (B.O.P. de 2 de octubre de 2006) y sus revisiones salariales 1/06/08 (BOP de 8/05/08).

3.- Acuerdo con el Comité de Empresa 19/03/08. Personal fijo de fin de semana, debe ser llamado necesariamente.

4.- La demandante ha prestado servicios en jornada superior a la pactada en días comprendidos de lunes a viernes. En concreto trabajó:

Números de horas de trabajo Cantidad abonada al



efectivas realizadas por el actor trabajador por tales

(nº de días x 7 horas) horas

Diciembre 2008 119 horas 377,37 €

Enero 2009 91 horas 167,72 €

Febrero 2009 119 horas 377,37 €

Marzo 2009 133 horas 419,30 €

Abril 2009 126 horas 419,30 €

Mayo 2009 140 horas 419,30 €

Junio 2009 133 horas 461,23 €

Julio 2009 147 horas 545,09 €

Septiembre 2009 105 horas 293,51 €

El valor de la hora ordinaria se calcula en 5,99€ y de la hora extraordinaria se calcula en 12,86€.

No se superaría por la demandante nunca la jornada completa de 35 horas semanales.

5.- Por representantes de la empresa y de los sindicatos de trabajadores con representación en la empresa, se firmaba acuerdo "para crear nuevos puestos fijos de fines de semana y las condiciones de los mismos". En su punto 5º y 6º se establece lo siguiente:

PUNTO 5.

"Todos los contratos eventuales que haga la empresa, en el Hospital Puerta del Mar, se les dará a los trabajadores fijos de fines de semana de la bolsa del Convenio, de forma rotatoria entre ellos, separando las necesidades de hombre y mujer, exceptuando los siguientes casos: (bajas maternas, paternas, por riesgo en el embarazo, prejubilaciones jubilaciones parciales y para contratar a responsable de equipo).

PUNTO 6.

"El personal fijo de fin de semana que actualmente está en la bolsa de trabajadores, tendrá preferencia para cubrir la sustitución de vacaciones y cubrir los festivos vacantes. Además, tendrán la posibilidad de disfrutar de sus vacaciones fuera del periodo estival."

6.- Se ha celebrado ante el CMAC el oportuno acto de conciliación el 14/12/09 con un resultado de intentado sin efecto ante la incomparecencia de la empresa demandada".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de Doña Teresa , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 17 de enero de 2013 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Teresa contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz , en virtud de demanda por ella presentada contra CLECE, S.A.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida".

CUARTO.- Por el Letrado Don Francisco Javier García Paez, en nombre y representación de Doña Teresa , se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, de 19 de julio de 2012, recurso núm. 3492/2010 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 19 de septiembre de 2013 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de junio de 2014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión debatida en el presente recurso de casación unificadora se contrae a determinar si las horas de exceso sobre la jornada expresamente pactada por un trabajador contratado a tiempo parcial (14 horas semanales, a realizar los fines de semana, 7 horas los sábados y otras tantas los domingos), excesos amparados en un Acuerdo con el Comité de Empresa de marzo de 2008, deben o no considerarse como horas extraordinarias.



2. La sentencia recurrida ahora en casación unificadora, dictada el 17 de enero de 2013 (R. 1747/11) por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Sevilla, confirmando la resolución denegatoria de instancia, desestimó la demanda rectora de los autos al considerar que la retribución satisfecha por la empleadora en compensación de la realización de una jornada superior a la expresamente pactada en el contrato individual había sido la correcta, sin que debiera haberse abonado el exceso como horas extraordinarias.

La resolución impugnada, en síntesis, razona que, conforme al art. 12.4.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET), en la redacción anterior a las modificaciones introducidas al respecto tanto por la Ley 3/2012 como por el más reciente aún RD-ley 16/2013, aplicable al caso porque las cantidades reclamadas obedecían a excesos de jornada efectuados en el período comprendido entre los años 2008 y 2009, los trabajadores con contrato a tiempo parcial no podían realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos excepcionales del ar. 35.3 ET (prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes), y que las horas trabajadas por la demandante que excedieron de la jornada parcial pactada en su contrato (14, como vimos) tampoco podían reputarse como complementarias al no haberse acordado su realización en los términos exigidos por el apartado 5 del mismo art. 12 ET y exceder con mucho la limitación del 60 % de las horas contratadas que, para tales complementarias, impone el epígrafe c) de dicho precepto.

En consecuencia, las horas trabajadas en exceso sobre la jornada parcial expresamente pactada en el contrato, que no superaron nunca la jornada completa y ordinaria de trabajo (35 horas semanales: hecho probado 4º), solo le daban derecho a su abono como horas ordinarias, no como extraordinarias, siendo así como le habían sido satisfechas por la empresa.

3. El recurso de casación para la unificación de doctrina que interpone la actora denuncia la infracción de los arts. 34.1 y 35.1 ET, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de Sevilla el 19 de julio de 2012 (R. 3492/10).

La resolución referencial se pronuncia sobre una reclamación de cantidad formulada por otra trabajadora que prestaba servicios en la misma empresa que la aquí recurrente, en virtud también de un contrato indefinido a tiempo parcial de 14 horas semanales, a realizar en fines de semana (7 horas diarias los sábados y domingos), que igualmente trabajó algunas horas entre semana, reclamando así mismo las pertinentes diferencias por considerar que estas últimas horas deberían retribuirse como extraordinarias. La sentencia de contraste, igual que la recurrida (hecho probado 3º), aunque en ésta el dato ni siquiera se toma en consideración en la fundamentación jurídica, da cuenta también (hecho probado 3º) de la existencia de un Acuerdo Colectivo de empresa, suscrito el 19-3-2008, que, en su punto 5º, señala que "todos los contratos eventuales que haga la empresa se les dará a los fijos de fin de semana de la bolsa del Convenio, de forma rotatoria" entre ellos. En este caso, la Sala de Sevilla, confirmando la solución estimatoria otorgada también en la instancia, se funda en que el Acuerdo de 19-3-2008 alude a que "se les darán" a los contratados para trabajar sólo en fines de semana a tiempo parcial, "los contratos eventuales que haga la empresa". Por tanto, al entender de la Sala, ni siquiera se ha expresado que tales contratos no deban sobrepasar en su conjunto la jornada completa de 35 horas establecida en el Convenio, de suerte que, a la vista de la generalidad con la que se regulan en el Acuerdo las controvertidas horas, siempre según la Sala, no puede considerarse que sean complementarias, entendiéndose que "lo que se regula en realidad en el Acuerdo no es sino la preferencia de los trabajadores de fin de semana para poder realizar contratos de determinada clase que se ejecutan entre semana, lo que obliga a considerar que las horas realizadas por la actora más allá de sus 56 horas mensuales pactadas [14 horas semanales por los 4 fines de semana habituales del mes] en su contrato a tiempo parcial, no tienen el carácter de complementarias sino de extraordinarias, y conforme a ello [concluye] han de ser abonadas".

4. Las resoluciones comparadas son contradictorias en el sentido del art 219 LRJS, tal como admiten expresamente tanto la empresa recurrida como el Ministerio Fiscal, en la medida en que la sentencia de contraste, a diferencia de lo que concluye la aquí recurrida, cuando los supuestos de hecho son prácticamente idénticos y durante el período que abarcan las reclamaciones regía la prohibición de realizar horas extraordinarias a este tipo de trabajadores, califica como horas extraordinarias las realizadas excediendo de la jornada de las 14 horas semanales pactadas en ambos casos en el contrato a tiempo parcial de las dos demandantes, siendo así, además, que en los dos supuestos las sentencias coinciden en que tales excesos sobre la jornada del contrato no tiene el carácter de horas complementarias.

SEGUNDO .- 1. Conviene insistir, antes que nada, en que las dos resoluciones comparadas en el presente recurso de casación unificadora coinciden en descartar la calificación como horas complementarias de los excesos de jornada que, sobre la expresamente pactada en cada contrato a tiempo parcial suscrito por las dos trabajadoras implicadas en ambos procesos, realizaron éstas, efectivamente, con sustento en el Acuerdo colectivo del que dan cuenta los hechos declarados probados, durante los períodos de los años 2008 y 2009 que fueron objeto de reclamación. Nada hay, pues, que unificar a ese respecto en este concreto recurso.



2. El único motivo de casación que el recurso articula, numerado como "segundo" (el que denomina "primero" lo dedica en realidad, correctamente, al examen y exposición precisa y circunstanciada de la contradicción), denuncia la infracción de los arts. 34.1 y 35.1 del ET y, muy en síntesis (porque el recurrente se extiende en consideraciones sobre el origen y gestación parlamentaria del art. 12 del ET, en la redacción dada por la Ley 10/1994, es decir, anterior a la que ese artículo tenía, en virtud del RD-ley 15/1998, en el momento en el que la demandante realizó los excesos de jornada y formuló su reclamación), sostiene que la sentencia impugnada vulnera aquellos preceptos estatutarios porque, según la interpretación que de ellos hace, tal como asegura el recurrente de modo literal, "la única jornada máxima posible sería la de 40 horas semanales, sin que la negociación colectiva o la autonomía de la voluntad de las partes al contratar puedan fijar una jornada inferior, ya que aunque fijaran tal jornada inferior, el trabajador se vería abocado y obligado a trabajar hasta las 40 horas semanales, dado que hasta ese límite no serían extraordinarias las horas trabajadas por encima de las fijadas y pactadas por convenio colectivo o en el contrato de trabajo, lo que quebraría y contradiría la jurisprudencia sentada por esta Sala en la aludida sentencia de 20 de Febrero de 2007, ya que en tal caso las horas trabajadas por encima de las pactadas en el contrato o las fijadas por Convenio que no excedan de las 40 horas semanales deberán pagarse como ordinarias, por encima del valor que como horas extraordinarias se fijase por el Convenio si este valor es inferior al valor de la hora ordinaria".

3. Dejando al margen incluso la difícil comprensión de la argumentación transcrita, el recurso debe ser estimado porque la doctrina más ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste, no en la ahora impugnada.

En efecto, como antes repetimos, no es objeto de discusión en la presente alzada el hecho, admitido por las dos sentencias sometidas al juicio de identidad, de que las horas realizadas por las trabajadoras por encima de la jornada pactada expresamente en sus contratos a tiempo parcial no pueden ser consideradas como complementarias. La discusión estriba en determinar, y no es poco, si tales excesos merecen la calificación de horas ordinarias o extraordinarias.

Y nos inclinamos por la segunda opción, sin que para ello tenga especial relevancia que en este tipo de contratos la ley prohíba ["... no podrán ...": art. 12.4.c) ET] la realización de horas extraordinarias, porque, establecida con toda claridad en el contrato a tiempo parcial suscrito por las partes el número de horas ordinarias objeto de la prestación conforme al art. 12.4.a) ET, sin que se discuta siquiera que las que la demandante realizó por encima de ellas tengan el carácter de "complementarias" (sin duda porque no se sujetaron a las reglas previstas en el nº 5 del mismo precepto estatutario), cualquier otro exceso de jornada ejecutado sobre las horas pactadas, salvo que se hubiera suscrito un nuevo contrato o se acordara una clara novación del anterior en ese sentido, y no es el caso, no pueden ser otra cosa, conceptualmente, que horas extraordinarias.

La prohibición de realizar horas extraordinarias que pesa sobre los empresarios y sobre los trabajadores contratados a tiempo parcial, con independencia de las consecuencias sancionadoras que su incumplimiento pudiera acarrear para los sujetos responsables del mismo, de manera análoga a lo que les sucede a quienes, pese a la nulidad de su contrato, tiene derecho a percibir la remuneración consiguiente a un contrato válido (art. 9.2 ET), también aquí el desempeño real y efectivo de los cometidos laborales durante esos excesos de jornada podrán dar lugar, en su caso, a la compensación económica correspondiente. Queremos decir, pues, que la prohibición no tiene porqué modificar la naturaleza y el régimen jurídico de los derechos y obligaciones inherentes a la prestación, porque lo determinante, desde luego a los efectos de su retribución, no sería sino la realidad de esa naturaleza y la efectiva realización del exceso de jornada.

Más contundente es aún, al menos en la redacción formal de la ley, la prohibición de realizar horas extraordinarias a los menores de 18 años (art. 6.3 ET) y no parece lógico pensar que si, pese a la prohibición, un trabajador menor de dicha edad las efectúa, no deba percibir la compensación económica correspondiente. De lo contrario, es obvio, se produciría un enriquecimiento injusto por parte de su empleador.

En definitiva, cuando un trabajador contratado a tiempo parcial realiza efectivamente una jornada superior a la pactada, y ese exceso no pueda ser calificado como tiempo u hora "complementaria", bien sea porque tal cuestión esté fuera de discusión, como es aquí el caso, bien sea porque no se hayan cumplido los requisitos previstos al efecto, como sucedía, por ejemplo, en la STS 9-3-2011 (R. 87/10), todo lo que supere en esa materia el contenido del pacto, constituyen horas extraordinarias y como tal han de ser retribuidas, al margen o con independencia de la prohibición legal para efectuarlas.

Esta solución podría parecer contraria a la consideración de las horas extras que contempla el art. 35.1 ET porque, según ese precepto, la referencia para determinar tal calificación viene dada por "la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior", y el art. 34.1 establece que ésta "será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual".



Sin embargo, cuando los excesos de jornada se producen en un contrato (el "a tiempo parcial") que contempla ya una jornada sensiblemente inferior a la máxima ordinaria, respecto al que la propia ley (el art. 12 ET) prevé la posibilidad de realizar horas por encima de las pactadas, pero las califica y regula minuciosamente con un régimen jurídico distinto y muy riguroso, carece de sentido que esos excesos pudieran tener también, como referencia, la misma jornada máxima legal, porque de ser así quedaría vacía de contenido la propia regulación de las horas complementarias que, cumplieran o no las reglas del art. 12.5 ET, obtendrían el mismo tratamiento retributivo que el de las ordinarias.

4. Procede, pues, visto el parecer contrario del Ministerio Fiscal, estimar el recurso y, estando fuera de discusión tanto las horas realizadas por ese exceso durante el período reclamado como el precio que, a cada una de ellas, como si fueran ordinarias, aplicó la empresa (5,99 €) en lugar del que, como extraordinarias, le correspondía (12,86 €), según es de ver en el incombatido ordinal 4º de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, resolviendo el debate de suplicación, debemos, además de casar y anular la sentencia impugnada, estimar la demanda y condenar a la empresa a abonar a la trabajadora la cantidad de 3.991,47 €, que resulta ser la diferencia entre lo abonado y lo que debió abonarla, sin que quepa la condena a "los intereses legales", como se pide, debido a la excepcionalidad del supuesto y a la complejidad jurídica de la propia reclamación que, en este caso, como en alguna situación análoga, y con cita de la doctrina jurisprudencial habitualmente contraria al respecto, tiene también declarado la Sala (STS 18-6-2013, R. 2741/12) e impide ahora calificar con claridad como líquida y exigible la deuda. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de D^a Teresa contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, de fecha 17 de enero de 2013, recaída en el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cádiz en autos núm. 93/2010, seguidos a instancia de D^a Teresa contra la empresa CLECE, S.A.. Resolviendo el debate de suplicación, debemos, además de casar y anular la sentencia impugnada, estimar la demanda y condenar a la empresa a abonar a la trabajadora la cantidad de 3.991,47 €. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.