

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA**

*Sentencia 833/2013, de 20 de noviembre de 2013*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 724/2013*

**SUMARIO:**

**Salario. Recargo por mora.** En el ámbito laboral únicamente se devengan si se trata de un retraso culpable en su pago.

**PRECEPTOS:**

Código Civil, arts. 1.101 y 1.108.

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 29.3.

**PONENTE:**

*Doña María de las Mercedes Sancha Saiz.*

**SENTENCIA n.º 000833/2013**

En Santander, a 20 de noviembre de 2013.

**PRESIDENTE**

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

**MAGISTRADAS**

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MERCEDES SANCHA SAIZ (PONENTE)

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Elena Pérez Pérez

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por Tahona San Miguel, S.L., y Max Pan, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MERCEDES SANCHA SAIZ, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Según consta en autos se presentó demanda por D<sup>a</sup>. Mariana, siendo demandados Tahona San Miguel, S.L., y Max Pan, S.L., sobre contrato de trabajo, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 10 de junio de 2013, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

**Segundo.**

Como hechos probados se declararon los siguientes:

1.º - La demandante, Dña. Mariana, ha prestado servicios laborales para las demandadas MAX PAN S.L. Y TAHONA SAN MIGUEL S.L., con la categoría de vendedor de despacho, antigüedad desde el 4 de mayo de 2.010, y salario de 36'94 euros al día con prorrata de pagas extras.

El horario que realizaba la trabajadora durante el tiempo que ha durado la relación laboral, era el siguiente:

Lunes a Domingo (Descanso el Martes)

1 Semana, de 6:00 a 14:00 horas

2 Semana, de 14:00 a 22:00 horas

3 Semana, de 9:00 a 13:00 y de 18:00 a 22:00 horas.

2.º- Las empresas demandadas no ponían control al pan que la demandante podía tomar para sí, - interrogatorio de la demandante-.

3.º- La actora disfrutó de vacaciones en el mes de octubre de 2.011, interrogatorio de la demandante-, y estuvo en situación de incapacidad temporal desde el día 17 de diciembre de 2011 al 22 de enero de 2012, - folio 121 de las actuaciones-.

4.º- Las empresas no han abonado a la actora la cantidad de 3.286'08 euros, correspondientes a las horas extras realizadas desde marzo de 2.011 hasta el 17 de diciembre de 2.011, conforme al desglose que consta en el hecho quinto de la demanda y que se tiene por reproducido.

5.º- Las empresas tampoco han abonado a la demandante la cantidad de 317'53 euros correspondientes al salario de marzo de 2.012 y 136'17 euros correspondientes a los atrasos de convenio, - reconocido por las demandadas al contestar-.

6.º- Se presentó demanda de conciliación, y se celebró el acto de conciliación previa, que resultó intentada sin avenencia.

### **Tercero.**

Contra dicha sentencia anunciaron recurso de suplicación las demandadas Tahona San Miguel, S.L., y Max Pan, S.L., siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

En la demanda origen del pleito, la demandante D<sup>a</sup>. Mariana, pretendía la condena de las empresas demandadas, Tahona San Miguel, S.L., y Max Pan, S.L., al pago de la cantidad de 9.740,26 euros, por cuatro concepto distintos; horas extraordinarias, domingos y festivos, el salario de marzo de 2012 y los atrasos de convenio correspondientes al año 2011.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de Santander, estima en parte la demanda y condena a las demandadas al abono de 8.721,78 euros, más el interés legal de esa cantidad desde la conciliación previa. Frente a la misma recurren en suplicación conjuntamente las empresas condenadas, por medio de cinco motivos y con correcto amparo procesal en los apartados b ) y c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, cuestionando exclusivamente el abono de las horas extraordinarias, la cantidad reconocida por domingos y festivos, y los intereses fijados; habiendo sido objeto de impugnación por la trabajadora.

### **Segundo.**

En el primer motivo del recurso solicita la parte recurrente la revisión de los hechos probados tercero, quinto y sexto, en los siguientes términos:

a) Se interesa hacer constar, en el ordinal tercero, que "la actora disfrutó de vacaciones desde el 18-03-2011 hasta el 1-04-2011 (ambos inclusive), y desde el 10-10-2011 hasta el 24-10-2011 (ambos inclusive); y estuvo en situación de incapacidad temporal desde el día 17 de diciembre de 2011 hasta el 26 de febrero de 2012".

Para alterar las fechas de vacaciones, que la resolución de instancia infiere del interrogatorio de la actora, se invocan como documentos: el calendario laboral del año 2011 y la nómina de liquidación obrante al folio 116 de las actuaciones.

Tratándose de documentos de parte, elaborados por la misma empleadora, no cabe acceder a la revisión pedida, al carecer aquellos de naturaleza indubitada.

Por otro lado, en cuanto a la incapacidad temporal, el motivo es irrelevante para el signo del Fallo, por cuanto la sentencia de instancia no reconoce cantidad alguna con posterioridad al 17 de diciembre de 2011. Por ello, se rechaza tal adición, aunque de la documental invocada se infiera lo que se pretende introducir, esto es, que permaneció en situación de baja del 17-12-2011 al 22-01-2012 y del 23-01-2012 al 26-02-2012.

b) Se quiere incluir en el quinto hecho probado el siguiente texto: "las empresas adeudan a la demandante la cantidad de 280,51 euros netos, correspondientes al salario de marzo de 2012 y 107,18 euros netos,

correspondientes a los atrasos convenio. En el recibo de salarios correspondiente al mes de septiembre de 2011, se le abonaron 192,92 euros, en concepto de días festivos pendientes".

Apoya su pretensión revisoria en las nóminas obrantes a los folios 106 y 114 a 116 de las actuaciones.

No cabe admitir el adeudo salarial neto, no solo por su intrascendencia, sino principalmente por cuanto la nómina de liquidación de los tres días de marzo de 2012, no está sellada ni firmada, siendo un mero documento de parte no adverado.

Lo que sí es cierto es la percepción de 192,92 euros, en concepto de días festivos pendiente, ya que la nómina de septiembre de 2011 sí hace prueba, al estar firmada por la actora. Ahora bien, desconociendo esta Sala cuáles son los días festivos abonados y pudiendo corresponder con festivos anteriores al mes de marzo de 2011, no cabe imputar a los reclamados dicho abono, por lo que tal adición resulta igualmente intrascendente.

c) Finalmente se pretende adicionar, al ordinal sexto, que "se presentó demanda de conciliación reclamando, entre otras cantidades, 2.190 euros, en concepto de prestación en especie, 5.981,76 euros, en concepto de horas extraordinarias y 6.277,40 euros, en concepto de domingos y festivos trabajadores...".

Dicha revisión tiene su apoyo en la certificación del Orecla de 20-04-2012. Se trata de un dato cierto que se incorpora al relato fáctico, por su relevancia.

### **Tercero.**

Como primera infracción jurídica se denuncia la del art. 97 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con los arts. 120.3 y 24 de la Constitución Española .

Difícilmente se puede sostener con un mínimo de rigor que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 97.2 de la LRJS, por motivación insuficiente, vulneradora del artículo 24 CE, y no resolver de forma razonable y motivada. En este punto las empleadoras lo que cuestionan es la forma que el Juzgador de instancia obtuvo la evidencia de la prueba -la declaración de la testigo Sra. Angelina - y que al ser compañera de la actora era, a su entender, manifiestamente insuficiente, no atendiendo al testimonio prestado por el delegado de personal de la empleadora, que depuso a su instancia.

Sobre el particular cabe recordar que, al ser el proceso laboral de única instancia, la valoración de la prueba, y en especial de la testifical, es una función que viene atribuida al Juzgador a quo, siendo éste el que debe optar entre los diferentes testimonios prestados, según su sana crítica; es por ello que, entendemos que no se ha producido la infracción apuntada.

### **Cuarto.**

Denuncia la parte recurrente la infracción, por aplicación indebida, de los arts. 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 22 y 25 del Convenio Colectivo del sector de fabricación, venta y distribución de pan en Cantabria 2010-2012 (BOC 12-06-2012) y la jurisprudencia de aplicación, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1993 (rec. 660/92 ), aun cuando por un mero error material se aluda al día 1, relativa a la carga de la prueba de las horas extraordinarias y en la que se afirma que "corresponde al demandante la prueba de los elementos constitutivos de lo reclamado y en materia de horas extraordinarias, la interpretación de la doctrina jurisprudencial ha sido la de requerir una estricta y detallada prueba de la realización, del número de ellas sin que sea suficiente la mera manifestación de haberlas trabajado".

Sostienen las recurrentes, tras cuestionar nuevamente la prueba practicada y, en especial, el testimonio de Doña. Angelina, que las demandadas han acreditado que en el centro de trabajo donde prestaba servicios la actora, su jornada en cómputo semanal no alcanzaba las 40 horas, no siendo posible reconocer cantidad alguna en concepto de horas extras.

En cuanto a las horas extraordinarias, el art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores previene que "mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido". Por su parte el art. 25 del Convenio Colectivo del sector de fabricación, venta y distribución de pan en Cantabria 2010- 2012 (BOC 12-06-2012), en su segundo párrafo, se limita a señalar que "las horas extraordinarias serán compensadas con tiempo de descanso de común acuerdo entre el trabajador y la empresa y deberán ser disfrutados dentro de los cuatro meses siguientes a su realización a razón de una hora y cuarenta y cinco minutos por hora trabajada. Cuando el descanso no fuera posible serán abonadas por parte de la empresa con un recargo del 50% sobre el valor de la hora ordinaria...". No habiéndose producido la compensación, es ajustado a derecho proceder a su abono, con el recargo convencional fijado y en la no cuestionada cuantía de 11,41 euros hora.

En el supuesto actual, acreditada la realización por parte de la actora, durante todo el tiempo de prestación de servicios, de una jornada fija de 48 horas semanales, cuando la jornada laboral máxima semanal era de "40 horas de trabajo efectivo" ( art. 20 del Convenio Colectivo de aplicación), se demuestra la realidad de 8 horas extraordinarias a la semana, durante el periodo reclamado: del 28 de marzo de 2011 al 16 de diciembre de 2011,

ambos inclusive. Conforme al desglose que consta en el hecho quinto de la demanda, al que se remite el cuarto hecho probado, la actora realizó en dicho periodo 280 horas extras, desglosadas de la siguiente forma: 40 horas en marzo-abril, 40 h en mayo, 32 h en junio, otras 32 en julio, 40 h en agosto, 32 h en septiembre, 16 h en octubre (una vez descontados los días en que disfrutó de vacaciones), 32 h en noviembre y 16 h en diciembre, lo que hace un total de 280 horas extraordinarias (en lugar de las 288 reconocidas). Por tanto, ascendiendo el valor hora a 11,41 euros, le corresponde por tal concepto un total de 3.194,80 euros (no los 3.286,08 euros reconocidos).

El hecho de alterar la cuantía reclamada ante el Orecla, en demanda y en el acto del juicio oral, en modo alguno afecta a la realidad de tales horas ni al derecho a su abono.

#### **Quinto.**

Pasamos a examinar la reclamación efectuada por festivos y domingos trabajados.

En cuanto a la cantidad reconocida por trabajo en domingos y festivos, 4.982 euros, afirman las recurrentes que no se detallan en la resolución recurrida cuales fueron los trabajados; además, que se ha demostrado que la actora percibió en la nómina de septiembre de 2011, 192,92 euros en concepto de "días festivos pendientes"; y también que se reclaman como festivos días que no tenían carácter de tal (15 y 16 de noviembre y 28 de agosto), días de vacaciones (24 de octubre y 18 de marzo a 1 de abril), o días que estuvo de baja por enfermedad (17 de diciembre de 2011 a 26 de febrero de 2012). Alude a la diferencia de reclamación entre la conciliación previa y la demanda, y añade que como la testigo (Sra. Angelina ), prestó servicios hasta el 28-08-2011, no hay prueba del trabajo en domingo y festivos reclamados, con posterioridad a dicha fecha.

El párrafo sexto del art. 26 del Convenio Colectivo sectorial señala: "En compensación de este trabajo (en domingos y festivos), el trabajador percibirá como mínimo una compensación económica del 175% del valor de la hora ordinaria calculado según el salario anual más plus consolidado de antigüedad, dividido entre 1.780 horas. El trabajador podrá sustituir el pago anteriormente señalado por un descanso del 175% del tiempo ordinario trabajado".

Las fiestas laborales de ámbito nacional, autonómicas y locales, retribuidas y no recuperables para el año 2011 en la Comunidad Autónoma de Cantabria, fueron fijadas por Orden EMP/61/2010 de la Consejería de Empleo y Bienestar Social de 10 de agosto de 2010 (BOC núm. 160 de 19 de agosto de 2010).

Reconoce la resolución de instancia, sin que se haya desvirtuado en suplicación dicho extremo, que la actora trabajó todos los domingos y festivos no coincidentes con martes, su día de descanso, en el periodo reclamado (28 de marzo de 2011 al 17 de diciembre de 2011); de donde se desprende que trabajó 34 domingos y 10 festivos (una vez deducidos los días: 1 de noviembre y 6 de diciembre de dicho año que coincidieron con martes). Por otro lado, la resolución recurrida, con remisión a la demanda, fija las fiestas locales el 28 de agosto y el 16 de septiembre, sin que tal extremo haya sido desvirtuado fehacientemente en este recurso.

En consecuencia, le corresponde por tal concepto 4.471,08 euros (34 domingos + 10 festivos, multiplicado por 8 horas y por 13,25 euros), tal y como se interesa de forma subsidiaria en el recurso.

De dicha cantidad no cabe deducir los 192,92 euros abonados en la nómina del mes de septiembre de 2011, al desconocer esta Sala a que periodo fueron imputados los "festivos pendientes", no constando tal extremo en el referido recibo salarial ni en prueba alguna.

En todo caso, el hecho de que la testigo únicamente prestara servicios hasta el mes de agosto, no desvirtúa la convicción judicial relativa al desarrollo del trabajo por la actora los domingos y festivos antes aludidos.

#### **Sexto.**

Interesa la parte recurrente que la condena relativa a los días trabajados del mes de marzo de 2012 (317,53 euros) y los atrasos de convenio (136,17 euros), se realice en la cantidad neta de 280,51 euros, una vez efectuado el correspondiente descuento de Seguridad Social e IRPF.

Pues bien, no habiendo demostrado la parte empresarial que llevó a cabo los referidos descuentos, no cabe efectuar una condena en cantidad neta sino bruta, lo que conduce a rechazar la petición realizada en el recurso.

En consecuencia, el cálculo de lo debido por la empresa asciende a 8.119,58 euros (desglosado en: 453,70 euros por marzo y atrasos; 3.194,80 euros por horas extraordinarias y 4.471,08 euros por domingos y festivos).

#### **Séptimo.**

Finalmente, se impugna el pago del interés legal por mora "desde la reclamación previa", al aplicar la sentencia de instancia, a la cuantía objeto de condena, los intereses legales regulados en los artículos 1100 y ss

del Código Civil desde la fecha de la conciliación administrativa, ya que a su entender su oposición fue razonable y fundada, más existiendo una estimación de la demanda con lo reclamado en conciliación.

Asiste la razón a la parte recurrente en sus alegaciones. Cabe recordar que conforme reiterada jurisprudencia, entre la que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2006 (rec. 1990/05), que recoge los postulados de las sentencias anteriores "...el recargo por mora sólo será procedente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, es decir, cuando se trate de una cantidad exigible, vencida y líquida, sin que la procedencia o improcedencia de su abono se discuta por los contratantes" ( SSTS de 14-10-85 y 28-08-89 ), de modo que "cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses" sentencia de 9-12-94 y 1-04-96 ). Afirmación esta última que, como es lógico, debe entenderse referida a una oposición empresarial razonablemente fundada, no a la mera negativa a abonar unos salarios no discutidos, o controvertidos sin base legal suficiente, a la que se alude en la sentencia recurrida."

Por otro lado, el artículo 1.100 del Código Civil, señala que incurren en mora los obligados a hacer o entregar alguna cosa desde que el acreedor se la exija judicial o extrajudicialmente, estableciendo los artículos siguientes el régimen de los intereses de mora ( art. 1.101 y 1.108 y concordantes del Código Civil ). El artículo 29.3 ET, es una concreción de dichos receptos en relación a la obligación salarial derivada del contrato de trabajo, cuantificando en un 10% de interés anual, la valoración de los daños y perjuicios causados por la morosidad empresarial en el abono del salario.

No obstante, en el ámbito laboral, la mora no es un mero retraso en el pago, sino un retraso culpable, lo que hace necesario comprobar si la oposición empresarial al pago reclamado tenía una fundamentación razonable que excluya la culpa, circunstancia que concurre en el presente supuesto, al entender razonable la oposición empresarial, dado que se ha producido una estimación parcial de la demanda, sin que sea admisible, la aplicación de los intereses del art. 1.100 y ss. del Código Civil, por lo que se ha dicho, procediendo así la estimación del presente motivo y dejando sin efecto la condena al abono del interés legal que se impuso en la instancia, sin perjuicio de que, en su caso se devenguen los intereses del art. 576 LEC, que se imponen por Ley.

#### **Octavo.**

La estimación parcial del recurso de suplicación implica que no haya parte vencida, a efectos de imponer el pago de las costas generadas en el mismo a alguno de los litigantes, conforme al art. 235.1 de la LRJS .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

#### **FALLO**

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por las empresas Tahona San Miguel, S.L., y Max Pan, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de Santander (Proc. 519/2012), de 10 de junio de 2013, que revocamos en el sentido de condenar a las recurrentes a abonar a la actora D<sup>a</sup>. Mariana la cantidad de 8.119,58 euros, en lugar de la reconocida en la instancia, sin condena alguna al pago del interés legal. Sin costas.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir, sin perjuicio de que se mantenga la cantidad consignada por el total de la condena.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación. La parte empresarial deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de este Tribunal Superior al tiempo de la preparación del recurso, la consignación de un depósito de 600 Euros en la cuenta n.º 3874/0000/66/0724/13, abierta en la entidad de crédito BANESTO, Código identidad 0030, Código oficina 7001.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, los autos al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución y déjese otra certificación en el Rollo de archivar en este Tribunal.

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

**PUBLICACIÓN** - Leída y publicada fue la anterior sentencia en día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.