

Número expediente: 41/2008/5

Laudo: 1/08/JCV

Ámbito: Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales

Partes interesadas: Comité de Empresa y dirección de la Empresa

Arbitro designado: Jesús Cruz Villalón

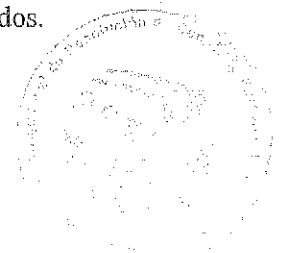
En Sevilla, a doce de febrero de dos mil ocho, Jesús Cruz Villalón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, actuando como árbitro nombrado por el presidente del Comité de la Empresa y la dirección de la Empresa, conforme al acuerdo arbitral por ellas suscrito el 26 de diciembre de 2007 en el marco del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), ha dictado el siguiente

LAUDO ARBITRAL

I. ANTECEDENTES

Primero.- Tras someter la cuestión discutida entre las partes a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo en diversas ocasiones, se alcanza acuerdo entre el Comité de Empresa y la dirección de la misma de sometimiento a arbitraje la interpretación y aplicación del convenio colectivo relativa al sistema para el cálculo del precio hora ordinaria a efectos de abono de las horas extraordinarias que excedan de la jornada laboral ordinaria, conforme a la dispuesto en los artículos 15 y 34 del III Convenio Colectivo de la Empresa para los años 2005, 2006 y 2007, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 29 de marzo de 2006.

A tal efecto acuerdan designar como árbitro a quien suscribe, circunstancia que se le notifica a este árbitro el 21 de enero de 2008. En dicha fecha se procede a aceptar el nombramiento. Inmediatamente a continuación, de conformidad con lo previsto en el Reglamento de funcionamiento y procedimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), publicado en el BOJA de 4 de febrero de 2004, resuelve solicitarles a los firmantes para que en el plazo de 7 días hábiles formulen las alegaciones que estimen necesarias al efecto. Al propio tiempo se les cita para la celebración del correspondiente acto de comparecencia para el viernes día 8 de febrero a las 12 horas. La dirección de la empresa y el comité de empresa presentaron en tiempo y forma sus alegaciones relativas a la materia objeto de arbitraje, escritos que constan en su expediente documental, junto con los documentos por ellas igualmente aportados.



Segundo.- El acto de comparecencia se celebra en la sede de Sevilla del SERCLA el día 8 de febrero, con la presencia de los siguientes representantes: en nombre de la representación sindical, D. [redacted] en calidad de Presidente del Comité de Empresa y D. [redacted] en calidad de asesor jurídico, así como en nombre de la representación empresarial D. [redacted] letrado de la empresa con poder bastante para representarla. En dicho acto de comparecencia las partes formulan sus respectivas posiciones y defienden sus fundamentos jurídicos, que en lo sustancial quedan reflejadas en los citados escritos de alegaciones, que constan en el expediente y a los que nos remitimos. Asimismo aportan las resoluciones judiciales y otros documentos que estiman oportunos al objeto de ilustrar sus posiciones, que en igual medida quedan incorporados al correspondiente expediente.

Tercero.- Conforme al compromiso arbitral celebrado entre las partes se establece que lo sometido a arbitraje consiste en la interpretación del convenio colectivo de ámbito empresarial, teniendo por objeto el "sistema para calcular el precio/hora", precisándose además que el objeto del conflicto reside en el "cálculo del precio de la hora de trabajo a efectos del abono de las horas que excedan de la jornada laboral y horas extraordinarias (artículos 34 y 15 del III Convenio Colectivo de la empresa pública de gestión de programas culturales)".

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo suscitada por las partes resulta necesario precisar cuál es el objeto del presente procedimiento arbitral, por cuanto que si bien el mismo es claro a tenor del escrito de sometimiento al procedimiento arbitral, sucesivamente en el escrito de alegaciones formulado por la dirección de la empresa, así como de su exposición verbal en el curso de la comparecencia celebrada, dicho objeto parece haberse ampliado.

En efecto, en el escrito de alegaciones referido, además de la cuestión debatida antes perfilada, se solicita que en el laudo se declare igualmente que no se pueden computar a efectos de horas extraordinarias las realizadas en trayectos de viaje, que siempre se abonan como horas ordinarias, o se compensa con períodos de descanso. No obstante, solicitada en la comparecencia aclaración al respecto, la dirección de la empresa manifestó que se desistía de dicha adición, por cuanto que era consciente que ello no había sido acordado con la representación de los trabajadores como objeto del arbitraje.

De otra parte, en el curso de la comparecencia, la dirección de la empresa resaltó la trascendencia que tenía el asunto objeto de discusión, relativo a la determinación del valor del salario hora, por cuanto que ello tenía repercusión no sólo sobre el cálculo de la retribución de la hora extraordinaria, sino también sobre la cuantificación del precio del salario hora ordinario de los trabajadores contratados temporalmente. Sin embargo, la representación de los trabajadores hizo hincapié en el hecho de que el compromiso arbitral

firmado entre las partes se refería exclusivamente a la determinación del salario hora a efectos de la retribución de las horas extraordinarias, sean tanto la que realizan los trabajadores por tiempo indefinido como de duración determinada, pero sin que se pudiera extender el laudo a la retribución por jornada ordinaria de los trabajadores temporales. A la vista de que efectivamente el escrito de sometimiento al arbitraje hacía expresa mención a la retribución de las horas extraordinarias y no mencionaba en ningún momento el modo de cálculo de la retribución de la jornada ordinaria de los trabajadores temporales, este árbitro acuerda que este laudo formalmente se debe ceñir a sus efectos sobre la retribución de las horas extraordinarias, con independencia de que los criterios de fondo que se explicitan se puedan extender o no a la otra cuestión que afloró como posible debate entre las partes.

Segundo.- Entrando ya en el fondo del asunto, el centro de atención de la discusión se centra en el art. 34.3 del convenio colectivo, conforme al cual "las horas extraordinarias que excedan del 5 % del cómputo anual, que no resulte posible compensar por períodos de descanso a fecha 31 de diciembre del año en curso, se abonarán sin recargo. Las que excedan del citado incremento se abonarán incrementando un 75 % la cantidad que resulte del salario/hora". Por tanto, la discrepancia refiere a aquellas horas extraordinarias que, por no compensarse con tiempo de descanso, se han de retribuir sobre la base siempre del cálculo del salario/hora; en unos casos lo será exactamente sobre el salario/hora (aquellas que no excedan del 5 %), otras también sobre el cálculo del salario/hora incrementadas en un 75 % (aquellas que excedan del referido 5 %). En ambos casos la discrepancia se cifra en el modo de cálculo del citado salario hora, a la vista de que ambas partes coinciden en que el texto del convenio colectivo no recoge expresamente una fórmula precisa de cálculo del salario hora.

Para la representación de la empresa, el referido cálculo ha de efectuarse sobre la base del cálculo del salario semanal, dividido entre 35 horas, en base esencialmente a que el referente principal de cálculo de la jornada de trabajo en el convenio colectivo es el semanal, en los términos previstos en sus artículos 15 y siguientes del convenio colectivo de empresa, por cuanto que el salario anual sólo rige en casos singulares en el que se establezca un sistema de compensación horaria.

Por el contrario para la representación de los trabajadores, el citado cálculo ha de efectuarse sobre la base del cálculo del salario anual dividido entre las 1.519 horas, que constituye la jornada anual a tenor de lo fijado en el art. 15 del convenio colectivo, basándose para ello en que es la fórmula que con mayor precisión incorpora en el cálculo el conjunto de la retribución del trabajador.

En el trasfondo, la discrepancia si sitúa en la inclusión o no de determinadas partidas salariales a los efectos del cálculo del salario hora. De un lado, para la representación de la empresa debe efectuarse un cómputo con el referente semanal para incluir el salario base, el complemento de antigüedad, el complemento de puesto de trabajo y el complemento de movilidad horaria, pero con exclusión de las pagas extraordinarias, del complemento de productividad así como del complemento de condiciones especiales de trabajo. De otro lado, para la representación de los trabajadores debe efectuarse un

cómputo anual, a los efectos de integrar todas las partidas económicas que tengan la naturaleza jurídica de salario, por tanto incluyendo también las cantidades que no toma en consideración la representación de la empresa: las pagas extraordinarias, el complemento de productividad así como el complemento de condiciones especiales de trabajo.

A los efectos de resolver la cuestión, la clave se encuentra en la regulación legal contemplada en el Estatuto de los Trabajadores acerca de la retribución de las horas extraordinarias, conforme a la cual “en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria” (art. 35 ET). La forma de redacción del precepto legal no deja lugar a dudas en torno al dato de que dicho mandato constituye una prescripción de derecho imperativo, como norma mínima de derecho necesario, que en ningún caso puede ser contradicha por lo pactado en convenio colectivo. Como ha expresado el Tribunal Supremo, en interpretación de esta regla, “el principio de jerarquía normativa o de legalidad (art. 9 de la Constitución) y el laboral de “norma mínima” imponen el inexorable respeto a este mínimo” (STS de 21 de febrero de 2007, RJ 3169). Como también indica el art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, se reconoce el derecho a la libre fijación de condiciones de trabajo en los convenios colectivos “dentro del respeto a las leyes”, siendo por tanto una de las reglas mínimas a respetar que la retribución de las horas extraordinarias ha de efectuarse sobre una base mínima de la retribución de la hora ordinaria.

A su vez, la retribución de la hora ordinaria necesariamente ha de tomar en consideración el concepto de salario proporcionado por el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, que por relación con el art. 35.1 del mismo cuerpo legal ha de estimarse igualmente como regla de derecho necesario: “se considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales”. Como elemento complementario de contraste se indican aquellas partidas que no se integran dentro del salario, por tener el carácter de percepciones extrasalariales: “las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos” (art. 26.2 ET).

Tercero.- En estos términos, las tres partidas objeto de discusión entre las partes (las pagas extraordinarias, el complemento de productividad y el complemento de condiciones especiales de trabajo) tienen el carácter de salario, por lo que han de tomarse en consideración a los efectos del cálculo del salario hora ordinario para la retribución de las horas extraordinarias. Tienen el carácter de salario en positivo por cuanto que las mismas a la postre están retribuyendo el trabajo efectuado por el empleado, teniendo el carácter de renta salarial a todos los efectos. En sentido negativo, son salario igualmente por cuanto que no se integran en ninguna de las percepciones definidas legalmente a las que se les atribuye el carácter de extrasalarial. Como reafirma la ya citada sentencia del Tribunal Supremo, “el valor de la hora extraordinaria, según el precepto, es el que correspondería a cada hora ordinaria, y este último valor hace relación no sólo al salario base, sino a todos aquellos complementos que deben integrarse en la estructura salarial...incluso aquellos como las pagas extraordinarias que se devengan en proporción al tiempo de trabajo. A partir de esta premisa, es de señalar que el salario ordinario unitario

y total constituye la base cuantitativa para el cálculo de la correspondiente retribución de la hora extraordinaria, de modo que el dividiendo el importe anual del mismo por el total de horas de trabajo anuales pactados o establecidos se obtiene la realidad de cuál sea el valor de la hora ordinaria" (STS de 21 de febrero de 2007).

En el fondo lo que subyace es el obligado respeto al principio de sinalagmaticidad o equivalencia de las prestaciones, que pretende ser garantizado fielmente por el Estatuto de los Trabajadores cuando indica que la retribución de las horas extraordinarias deberá ser como mínimo equivalente al salario de la hora ordinaria de trabajo. Y las tres partidas en discusión están retribuyendo la jornada de trabajo, computada en su totalidad. Dicho en sentido inverso, la exclusión de cualquiera de estas partidas derivaría en la práctica en una retribución inferior de las horas extraordinarias comparativamente con la correspondiente a las horas ordinarias.

Cuarto.- En particular, por lo que se refiere a las gratificaciones extraordinarias, reguladas en el artículo 31 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 33.1 del convenio colectivo aplicable, conviene destacar que las mismas indiscutiblemente tienen carácter salarial, por cuanto que también están retribuyendo el trabajo realizado, remunerando el tiempo de trabajo ordinario efectuado por el trabajador, excluyendo pues que estén retribuyendo trabajo diverso al ordinario, por cuanto que su única especialidad reside en la forma de devengo, superior al mes. Dicho de otro modo, las pagas extraordinarias materialmente no son sino una forma de retención de una parte del salario ganado por el trabajador mes a mes, sólo que se le abonan en momentos predeterminados del año en el que el trabajador soporta un mayor gasto personal. La prueba más elocuente de ello es que cualquier terminación del contrato de trabajo en momento previo al del devengo de la gratificación extraordinaria da lugar a su abono en forma de liquidación de la parte proporcional correspondiente que ya se ha trabajado en el momento de la entrega del finiquito. No lleva razón, por tanto, la dirección de la empresa cuando alega que esta forma de cálculo de la remuneración de la hora extraordinaria conduciría a una doble retribución de los trabajadores temporales, pues ello se haría de una parte en la liquidación a la finalización del contrato y de otra con el abono específico de la hora extraordinaria; no lleva razón por cuanto que en el momento de la liquidación lo que se abona es precisamente la contraprestación correspondiente al trabajo ordinario efectuado, por tanto a la parte proporcional de lo devengado por pagas extraordinarias respecto de la jornada ordinaria de trabajo, en tanto que la adicional posible ejecución de horas extraordinarias por parte de este trabajador debería ser retribuida de forma independiente a lo anterior que no estaría siendo abonado por la mera liquidación de las partes proporcionales.

Las sentencias aportadas de contrario por la empresa no son de aplicación al caso aquí objeto de controversia, por cuanto que no vienen referidas estrictamente a la forma de cálculo de la retribución de la hora ordinaria a efectos de las horas extraordinarias. En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1999, RJ 4717, lo que aborda es si las pagas extraordinarias se integran o no dentro del salario base; y no dentro del concepto total del salario, que es el que ha de tomarse en consideración a efectos del cálculo de la hora extraordinaria: "la discusión se centra, pues, en interpretar lo que el Convenio ha entendido como salario base para delimitar el valor del plus de movilidad

funcional aplicando el porcentaje establecido". Mientras que los convenios colectivos gozan de plena libertad para fijar la fórmula de cómputo de cualquier complemento salarial, pudiendo pues hacerlo en base al salario base y excluyendo de éste a las gratificaciones extraordinarias (art. 26.3 ET), no gozan de esa libertad a la hora de cuantificar el mínimo retributivo de las horas extraordinarias (art. 35.1 ET), razón por la cual no resulta de aplicación la doctrina citada por esta sentencia del Supremo, y en cambio sí que aborda directamente el asunto la sentencia por nosotros citada, también del Supremo, de 21 de febrero de 2007, RJ 3169. Lo mismo sucede con la sentencia citada por la representación de la empresa del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de febrero de 2001, AS 2924, donde la cuestión debatida tampoco refiere a la retribución de las horas extraordinarias, sino a otra partida salarial: "la cuestión fundamental en el litigio, es determinar si es procedente la retribución abonada por la empresa de las «horas de presencia», al pretender el demandante que se incluya en el cálculo del valor de estas horas las pagas extraordinarias". La sentencia alegada también por la representación de la empresa, de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2006, se refiere igualmente a otro asunto: si las pagas extraordinarias forman parte del salario base, de los complementos salariales o bien constituyen un «tertium genus», pero sin que en ningún caso se discuta que tienen el carácter de retribución salarial.

Quinto.- Todo lo anterior conduce inexorablemente a la necesidad de efectuar un cómputo anualizado del salario del trabajador por jornada ordinaria, a los efectos de tener un cómputo pleno del salario hora del trabajador, pues de lo contrario se minoraría la retribución de la hora extraordinaria, comparativamente con la correspondiente a la hora ordinaria. Como bien son conscientes las partes y, así lo explicitan las mismas, el cálculo sobre la base semanal deja fuera la toma en consideración de las gratificaciones extraordinarias, que deben ser tomadas en consideración a la luz de lo argumentado en el apartado precedente. Pero es más, el cálculo semanal, a diferencia del anual, conduciría igualmente a excluir a efectos del cómputo también la retribución de las vacaciones anuales, que si se tomarían en consideración a resultas de un cálculo anualizado en el que el dividendo lo integraría la totalidad del salario percibido por el trabajador a lo largo del año.

Sexto.- Por lo que se refiere al divisor en la forma de cálculo de la retribución de las horas extraordinarias, es corolario necesario que si hemos procedido a efectuar una anualización en el cómputo del salario total percibido por el trabajador, igualmente haya que anualizar la jornada del trabajador a efectos de un cálculo correcto y equivalente que desemboque en el salario/hora ordinaria. El convenio colectivo fija la cuantía de esta jornada anual exactamente en las 1.519 horas, que es el resultado de una anualización de las 35 horas semanales, tomando en consideración a efectos de resta el conjunto de tiempos de descanso contemplados legal y convencionalmente: descanso semanal de sábados y domingos, vacaciones anuales, festivos y asuntos propios. Si bien dicha cifra total de 1.519 horas anuales de trabajo puede constituir una cifra muy orientativa de cuál ha de ser el divisor de la operación, dicha cuantía no puede ser la decisiva e inalterable en

todos los casos, motivo por el que no puede constar como tal en la disposición arbitral. En efecto, el cálculo se debe afinar en cada caso y año concreto, por cuanto que la cifra de referencia es una cifra genérica, que ha de comprobarse en cada caso concreto, por cuanto que puede ser mayor o menor según circunstancias variadas, como pueden ser las derivadas de: festivos que un año coinciden con sábados; años bisiestos que añaden un día al calendario; períodos de suspensión del contrato de trabajo conforme a las causas previstas en los artículos 45 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores así como del artículo 20 del convenio colectivo de aplicación, que reducen la retribución anual del trabajador y en paralelo una reducción de las horas de trabajo anuales; trabajadores que ingresan en la empresa una vez iniciado el año, o bien extinguen su contrato a lo largo del año, que igualmente perciben una retribución anual inferior y también ejecutan una jornada anual inferior, etc.

A tenor de todo ello, el divisor ha de ser la jornada anual efectivamente prestada por cada trabajador para que haya exacta correspondencia y equivalencia de prestaciones entre salario y jornada.

Séptimo.- Finalmente, la dirección de la empresa alega que esta fórmula de cálculo le provoca una elevada inseguridad, por cuanto que la misma procede a abonar la realización de las horas extraordinarias con un devengo mensual, mientras que esta fórmula de cálculo no le permite conocer la cuantía del salario hora hasta que concluye el año, hasta 31 de diciembre, o bien hasta que se resuelva el contrato de un trabajador temporal. A pesar de ser conscientes de la dificultad que integra esta fórmula de cálculo, la misma es la única estrictamente respetuosa con el mandato legal estatutario y el convencional del convenio colectivo firmado entre las partes. La dificultad técnica de aplicación práctica no puede convertirse en elemento condicionante de la interpretación legal. En todo caso, fuera cual fuese el cálculo oportuno, la dificultad siempre perviviría para la empresa, por cuanto que hasta el final de cada año o hasta la resolución de cada contrato no se sabría con certeza si un trabajador deber ser compensado económicamente por la realización de horas extras, por cuanto que dicha retribución en el tenor del convenio no se conoce hasta el 31 de diciembre (art. 34.3), que es cuando se sabe si efectivamente se han efectuado horas extraordinarias que no han sido compensadas con tiempo de descanso y que como tales han de ser retribuidas conforme al cálculo de referencia.

A tenor de ello, nada impediría que la empresa en el devengo mensual del salario efectuase un cálculo aproximativo del valor de la retribución de la hora ordinaria de trabajo anualizada, de no concurrir ningún imprevisto sobrevenido, sin perjuicio de que al final de cada año lleve a cabo una liquidación exacta de la cuantía de la retribución de la hora extraordinaria para cada trabajador.

DISPOSICIÓN ARBITRAL

Se declara que, el valor del salario hora a efectos de la retribución de las horas extraordinarias en la empresa pública de gestión de programas culturales se ha de calcular tomando en consideración el salario anual de cada trabajador, integrando en el mismo la totalidad de las cantidades de naturaleza salarial en los términos definidos por el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, que incluye el salario base del artículo 32 del convenio colectivo, así como el conjunto de los complementos salariales incluidos en el artículo 33 del convenio colectivo de la empresa. En sentido contrario, debe excluirse a efectos de dicho cálculo cualquier otra partida económica, que tendrá el carácter de percepción extrasalarial en los términos previstos en el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores. A efectos del referido cálculo de la retribución de las horas extraordinarias se tomará como divisor de la operación la jornada de trabajo anual efectuada por el trabajador en cuestión.

El presente Laudo Arbitral, de carácter vinculante y de obligado cumplimiento, tiene eficacia jurídica vinculante, en los términos estipulados por el artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 4 del Reglamento del SERCLA. Asimismo se entiende equiparado a las sentencias firmes a efectos de su ejecución judicial, en los términos contemplados en la disposición adicional séptima de la Ley de Procedimiento Laboral.

El presente laudo arbitral, de conformidad con el art. 91 del Estatuto de los Trabajadores, puede impugnarse ante la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Por el Servicio Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía se procederá a la notificación del presente Laudo a las partes del procedimiento arbitral, así como a la autoridad laboral a efectos de su depósito, registro y publicación en los términos previstos en los artículos 90 y 91 del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 4 del Reglamento del SERCLA.

Dado en Sevilla, a 12 de febrero de 2008

Fdo. Jesús Cruz Villalón