



Roj: **STS 2526/2007 - ECLI:ES:TS:2007:2526**

Id Cendoj: **28079140012007100408**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2007**

Nº de Recurso: **5293/2005**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARCIA SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 2526/2007,**
STSJ PV 4111/2005

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DOÑA Valentina defendida por la Letrada Sra. Uribecheverría González, contra la Sentencia dictada el día 25 de Octubre de 2005 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el Recurso de suplicación 1579/05, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 25 de Febrero de 2005 pronunció el Juzgado de lo Social número tres de Bilbao en el Proceso 968/04, que se siguió sobre reclamación de cantidad, a instancia de la mencionada recurrente contra la entidad BUS SHOP, S.L. y otro.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido BUS SHOP, S.L. representado por la Procuradora Sra. Gutiérrez Lorenzo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JUAN FRANCISCO GARCÍA SÁNCHEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de Octubre de 2005 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao, en los autos nº 968/04, seguidos a instancia de DOÑA Valentina contra la entidad BUS SHOP, S.L. y otro sobre reclamación de cantidad. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es del tenor literal siguiente: " Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Valentina contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Bilbao de fecha 25 DE FEBRERO DE 2005, Autos Nº 968/04, dictada en los autos de CANTIDAD seguidos por D^a. Valentina contra BUS-SHOP, S.L. y FOGASA. Se confirma la sentencia. Sin costas."

SEGUNDO.- La sentencia de instancia de 25 de Febrero de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- La demandante D^a. Valentina, mayor de edad, con DNI número NUM000 ha prestado servicios para la entidad BUS SHOP S.L. con una antigüedad de el 5 de enero de 2000 con categoría profesional de dependienta, percibiendo el salario según las nóminas aportadas de 902,99 euros incluida prorata de paga extra. ...2º.- La entidad demandada, se dedica a la actividad de comercio de prensa estando incluida dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Nacional del ciclo de comercio del Papel y Artes Gráficas para los años 2003 a 2006 publicado en el BOE de 17 de junio de 2004 cuyo contenido se da pro reproducido. ...3º.- La relación laboral entre las partes se ha instrumentalizado a través de los siguientes contratos 1º.- contrato de interinidad para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva celebrado el 4-1-00 para prestar



servicios como dependiente en el centro de trabajo de La Estación Euskotres de Durango con jornada de trabajo según convenio de lunes a domingo con duración desde el 5-1-00 hasta el 31-3-00. 2º.- contrato eventual por circunstancias de la producción celebrado el 31-3-00 para prestar servicios como dependienta con jornada de trabajo según convenio de lunes a domingo con duración desde el 31-3-00 hasta el 30-11-00 siendo la causa del contrato la acumulación de trabajo. Este contrato fue objeto de 1º prórroga desde el 1-12-00 hasta el 7-1-01. 3º.- contrato de trabajo por tiempo indefinido a tiempo completo celebrado al amparo de la ley 55/99 para jóvenes desempleados menores de 30 años celebrado el 15-1-01 para prestar servicios como dependienta con jornada de trabajo según convenio de lunes a domingo con duración indefinida desde el 16-1-01. ...4º.- La actora prestaba servicios de lunes a domingo en horario desde las 14,30 a las 23,00 horas con descanso de dos días a la semana. ...5º.- La actora ha percibido las siguientes cantidades: AÑO 2003, Mayo: salario base 520,12 euros; plus convenio 23,26 euros; a cta. convenio 18,47; vacaciones 205,24 euros; complemento voluntario 141,81 euros. Junio y septiembre a diciembre: salario base 671,82 euros; plus convenio 30,05 euros; a cta. convenio 23,86; complemento voluntario 183,17 euros. Julio: salario base 303,40 euros; plus convenio 13,57 euros; a cta. convenio 10,78; complemento voluntario 82,72 euros; enfermedad 35,89 euros, Subs enf empresa 215,35 euros y prest. Empresa 247,19 euros. Agosto: enfermedad 672,98; prest. Empresa 235,92 euros. AÑO 2004: Enero a junio: salario base 671,82 euros; plus convenio 30,05 euros; a cta. convenio 23,86; a cta. conv/04 21,77 euros; complemento voluntario 183,17 euros. Julio y Agosto: salario base 701,48 euros; plus convenio 30,05 euros; a cta. conv/04 28,06 euros; complemento voluntario 240,41 euros. Septiembre: salario base 701,48 euros; plus convenio 30,05 euros; a cta. conv/04 28,06 euros; complemento voluntario 239,99 euros. Octubre: salario base 135,77 euros; plus convenio 5,82 euros; a cta. conv/04 5,43 euros; complemento voluntario 46,45 euros; enfermedad 211,28 euros, prestación empresa 129,48 euros. ...6º.- En la empresa demandada, los catorce festivos trabajados un año se compensaban con descanso al año siguiente y se disfrutaban vacaciones durante treinta días al año. ...7º.- En el año 2003 la actora realizó 109 horas nocturnas. ...8º.- La actora presentó papeleta de conciliación con fecha 25 de noviembre de 2004 habiéndose celebrado la preceptiva conciliación el día 13 de diciembre de 2004 con el resultado de sin efecto."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a. Valentina contra la entidad BUS SHOP S.L. Y FOGASA debo declarar y declaro que la antigüedad de la actora en la empresa es de 5 de enero de 2000 y debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 135,27 euros, incrementada con el 10% de interés por mora. "

TERCERO.- La Letrada Sra. Uribecheverría González, mediante escrito de 15 de Diciembre de 2005, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 19 de Marzo de 2003 y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 5 de Septiembre de 2000 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 11 de Enero de 2006 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 27 de Febrero de 2007, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora demandante en el proceso de origen ha interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina contra la Sentencia dictada el día 25 de Octubre de 2005 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco , que confirmó íntegramente la decisión del Juzgado de lo Social. En la demanda se postulaba la condena al pago de determinadas cantidades por varios conceptos, de los que en este momento interesan únicamente la retribución por horas extraordinarias y por horas nocturnas realizadas por la actora durante los años 2003 y 2004.

Se estimó la demanda únicamente en cuanto a reconocer como adeudado, en concepto de antigüedad, la suma de 135'27 euros, pero se desestimó la petición respecto de los otros dos antedichos, por entender que el importe de lo devengado por horas extraordinarias y por horas nocturnas quedaba absorbido y compensado por un "complemento voluntario" que venía percibiendo la trabajadora. Esto último es, precisamente, lo que resulta objeto del presente recurso.

SEGUNDO.- Aun cuando el recurso se conduce a través de un solo motivo en el que se invoca como infringido el art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET) -y hay que entender que también el art. 26.3 , que ya se



había invocado en trámite de suplicación-, se aportan, no obstante, dos resoluciones referenciales, una de ellas alusiva a las horas extraordinarias y la otra a las nocturnas.

Respecto de las primeras, se eligió la Sentencia dictada el día 19 de Marzo de 3003 por la homónima Sala y Tribunal de Andalucía (sede de Málaga), firme ya al recaer la recurrida. Enjuició la reseñada resolución referente el supuesto de un trabajador que había realizado horas extraordinarias, cuya retribución pretendía su patrono compensar con una gratificación voluntaria cuyo origen no constaba, ignorándose asimismo a qué concepto retributivo concreto respondía. La Sala entendió en este caso que no procedía la absorción.

En cuanto a las horas nocturnas, se aporta la Sentencia dictada el día 5 de Septiembre de 2000 por la Sala de lo Social de Valencia -también firme-, que resolvió que no procedía compensar el importe de las horas nocturnas con un "incremento salarial" que el trabajador venía percibiendo y que, a falta de mayor identificación según la prueba, llegó la Sala a la conclusión de que, por exclusión, debería corresponder al desarrollo normal del trabajo pactado.

De conformidad con la opinión al respecto del Ministerio Fiscal y en contra de la sustentada por la parte recurrida, llegamos a la conclusión en el sentido de que la sentencia combatida es realmente contradictoria -en el sentido al que se refiere el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)- con ambas referenciales, porque concurren, de manera sustancial, todas las identidades que dicho precepto manda tener en cuenta al respecto y, pese a ello, el signo de los respectivos pronunciamientos ha sido divergente. Así, en todos los casos se trataba de trabajadores que habían realizado, bien horas extraordinarias y nocturnas (caso de la recurrida), o bien las de uno u otro tipo (caso de las de contraste), percibiendo todos ellos un complemento salarial cuyo origen ni finalidad retributiva específica no constaba, en cuyo complemento pretendían las respectivas empleadoras subsumir las retribuciones específicas ya aludidas. Por ello, carece de relevancia el hecho de que los trabajos en cada caso, así como los convenios colectivos de encuadramiento, fueran diferentes, ya que ninguna incidencia podrían tener tales convenios sobre el objeto de los respectivos litigios.

Procede, por consiguiente, entrar en el estudio y decisión de la controversia que con el recurso se nos plantea, ya que el escrito de su interposición cumple de manera suficiente los requisitos requeridos por el art. 222 de la citada Ley procesal.

TERCERO.- El problema a resolver consiste, como de lo hasta aquí expuesto se desprende, en esclarecer si la retribución específica en concepto de horas extraordinarias y de horas nocturnas realizadas por la actora (hoy recurrente) en diversas ocasiones comprendidas entre los años 2003 y 2004, debe ó no quedar absorbida por el complemento voluntario al que antes ha quedado hecha referencia.

Conviene poner de manifiesto, antes de seguir adelante, que, si bien acerca de este complemento no se da suficiente noticia en la parte en que de manera formal se relatan los hechos probados en la resolución de instancia (tal relato ha quedado literalmente transcrito en el lugar oportuno de la presente), sí figura, en cambio (por más que sea en lugar formalmente inadecuado) en el fundamento jurídico 6º, en uno de cuyos pasajes se señala "que en efecto se acredita que la actora ha percibido mensualmente en las nóminas cantidades en concepto de complemento voluntario, que es un concepto no contemplado en el convenio colectivo, pese a que en el contrato se pactó la retribución según convenio...". Con esta base, puede ya examinarse el fondo del recurso.

CUARTO.- Razonábamos en nuestra Sentencia de 26 de Marzo de 2004 (rec. 135/03, F.J. 5º) que <<como es sabido, el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores dice que "operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia". La doctrina jurisprudencial, y anteriormente el Tribunal Central de Trabajo, ha llevado una amplia tarea interpretativa del fenómeno de la absorción y compensación a lo largo de un nutrido número de resoluciones, en las que cabe considerar, en primer término, que normalmente la solución del caso que se resuelve en cada una de ellas, es objeto de un análisis muy concreto, ajustado a cada situación de hecho, y no siempre es fácil extraer una doctrina universal en esta materia con la que puedan resolverse todos los supuestos.- No obstante, sí se puede decir que la compensación y absorción, como se afirma en nuestra sentencia de 10 de noviembre de 1.998 (Recurso 4629/97), "... ha tenido como objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quedaba neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta; así, el incremento del salario mínimo interprofesional es absorbido, y por lo tanto no acrece, el salario superior que percibiera ya un trabajador en base a lo previsto en el convenio o pacto regulador de sus condiciones de trabajo, y, por lo mismo, el incremento salarial previsto en un convenio colectivo es absorbido y queda neutralizado por el salario mayor que ya percibiera el trabajador afectado como consecuencia de gozar de un acuerdo particular entre él y su empresario. Como ya dijo esta Sala en sentencia de 26.XII.1989 ,



la absorción y compensación de salarios juegan, en principio, siempre que se establece un nuevo cuadro de retribuciones, en virtud de un acto normativo o convencional, pues para poder operar necesita, en cualquier caso la existencia de dos situaciones que permitan la comparación y, en su caso, la compensación o absorción de los incrementos, cual se desprende de la propia literalidad del apartado 5 del artículo 26 de referencia">>.

<<También puede afirmarse -sigue razonado nuestra referida STS 26-III-2004 (rec. 135/03)- que para que la compensación y absorción operen, es preciso que exista entre los conceptos retributivos una homogeneidad que la permita, como se dice, a título de ejemplo, en nuestras sentencias de 15 de enero de 1.997 (recurso 1210/1996) o 20 de mayo de 2002 (recurso 1235/2001), entre otras muchas. Es cierto.....que este requisito se ha relativizado o suavizado en algunas ocasiones, como ocurrió en la sentencia de 18 de julio de 1.996 (recurso 2724/1995), en la que se admitió como ajustada a derecho la absorción del concepto de antigüedad de los periodos de aprendizaje, en prácticas y formación para aquellos trabajadores que luego pasaron sin interrupción a la condición de fijos, pero en ese caso concreto, se permitió la absorción de la antigüedad con el concepto de sueldo base, percibido en cuantía superior a la prevista en Convenio, por estimar que en ese caso, la antigüedad venía provista de una configuración jurídico retributiva que aparecía más ligada, a ciertos efectos, al salario base "y no se halla condicionado -se dice literalmente en dicha resolución- a las características del trabajo realizado o al volumen y calidad de éste último. Desde esta perspectiva no es desmesurado homogeneizarlo con el salario base por lo que cabe su absorción y compensación con el mismo">>.

QUINTO.- Por lo que se refiere en concreto a la posibilidad de que la retribución de las horas extraordinarias se lleve a cabo a través de una cantidad fija, nuestra Sentencia de 24 de Julio de 2006 (rec. 1570/05) ha señalado (F.J. 3º) que <<de lo que ordenan los arts. 34 y 35 del ET., en especial lo que disponen los números 1 y 3 del art. 34 y los números 1 y 2 del art. 35 , debe deducirse que la retribución de las horas extraordinarias no es compensable ni absorbible con otras remuneraciones distintas del trabajador. La retribución de las horas extraordinarias constituye un concepto salarial independiente y autónomo que responde a la finalidad específica de remunerar el tiempo trabajado que excede del que es propio de la jornada ordinaria de trabajo, y no guarda homogeneidad alguna con las restantes percepciones de los trabajadores; y por ello no es posible compensar ni absorber tan especial retribución con ningún otro concepto salarial diferente. Antes al contrario, estos otros conceptos salariales, no sólo no compensan ni absorben aquella remuneración, sino que su importe tiene que ser tenido en cuenta al objeto de determinar la cuantía a que ha de ascender el precio de cada hora extraordinaria; lo que supone que lejos de impedir el pago de este precio, dichos conceptos remuneratorios inciden sobre el mismo aumentando su cuantía.- Ahora bien, el hecho de que la retribución de las horas extras no sea compensable, no impide que sean perfectamente válidos y conformes a derecho los pactos individuales o colectivos concertados por el empresario con el trabajador o los trabajadores, en los que se fije una retribución global o genérica, de importe igual o similar cada mes, en compensación del exceso de jornada que éste se compromete a realizar; siempre, claro está, que en tal pacto se respeten adecuadamente los límites, que la ley establece tanto en relación con el tiempo máximo de trabajo (art. 34-2 del ET) como con el montante de la retribución (art. 35-1 del ET)>> .

Y más adelante, en el propio fundamento se razona: <<Pero para poder afirmar, en relación con un determinado contrato de trabajo o en relación con una colectividad de trabajadores, que existen esos pactos sobre retribución genérica de las horas extraordinarias que se refieren en el párrafo inmediato anterior, es de todo punto necesario que la existencia y realidad de los mismos haya quedado acreditada con total claridad y evidencia, constando sin ningún tipo de dudas que lo que el acuerdo o convenio establece es una forma especial o peculiar de remunerar las horas extraordinarias llevadas a cabo por los trabajadores. Y precisamente por esta exigencia de claridad en cuanto a la naturaleza y objeto del pacto de que se trate, lo más lógico es que esta clase de acuerdos se documenten por escrito>>.

No es este el caso que aquí nos ocupa, por cuanto, como antes ya dijimos (F.J. 3º), no consta en forma alguna cuáles puedan ser el origen, ni la naturaleza jurídica, ni tampoco el concepto retributivo al que haya de responder el llamado complemento voluntario, no comprendido en el convenio colectivo aplicable, y que la actora viene percibiendo con carácter periódico.

SEXTO.- Procede ahora atender a la posibilidad de absorción o compensación de determinados conceptos salariales por otros. A este respecto, debe señalarse que de la regulación legal contenida en el citado art. 26.5 del ET , complementada por las enseñanzas de la doctrina científica y de la jurisprudencia, se desprende que no siempre es fácil extraer una doctrina universal en esta materia con la que puedan resolverse todos los supuestos planteados en ella (STS, antes citada, de 10-XI-1998, rec. 4629/97), por lo que casi siempre es preciso examinar las peculiaridades de cada caso concreto. Ello no obstante, puede afirmarse que la absorción salarial opera en dos campos suficientemente diferenciados: a) el de la retribución del trabajo efectivo, genéricamente considerado, así como los periodos de descanso computables como de trabajo,



conceptos ambos expresamente mencionados en el art. 26.1 ET , y b) el de conceptos retributivos específicos que se suman al salario básico, y que vienen motivados por las circunstancias particulares que concurren en una determinada categoría laboral o en un concreto puesto de trabajo, como podrían ser los pluses de peligrosidad, toxicidad, penosidad, distancia, etc., o el incremento que corresponda por la realización de horas extraordinarias o nocturnas, cuando el salario no se haya fijado, en cuanto a éstas últimas, en atención precisamente a la nocturnidad.

Respecto del salario que hemos llamado básico, la absorción opera cuando una nueva norma, ya sea legal, reglamentaria ó -más frecuentemente- pactada (convenio colectivo), venga a elevar la cuantía salarial que estuviera establecida en la norma precedente. En este caso, la absorción tendrá lugar si el salario que realmente y en cómputo anual viniera percibiendo el trabajador fuera superior o, por lo menos igual, al establecido en la nueva norma o, lo que es igual, el mayor salario normativamente previsto (rectius, el incremento resultante sobre el anteriormente establecido) no se adeuda, porque ya lo venía percibiendo el trabajador, a veces acrecentado.

Por lo que se refiere a los conceptos salariales específicos, esto es, aquellos que se suman al salario básico, y que vienen derivados de las circunstancias particulares que concurren en una determinada categoría laboral o en un concreto puesto de trabajo, o en el tiempo y forma de desarrollar dicho trabajo, entre los que se encuentran los que en este caso nos ocupan, el criterio reiteradamente consagrado al respecto por la jurisprudencia de esta Sala viene siendo el que puede denominarse de la "homogeneidad", puesto que únicamente pueden resultar objeto de absorción conceptos salariales que sean homogéneos. Tal afirmación puede obtenerse a través del método inductivo, consistente (al contrario que el deductivo) en extraer la consecuencia genérica con base en el examen de varios supuestos particulares en cada uno de cuyos casos concretos se haya llegado a la misma consecuencia específica.

Sin ánimo de agotar todos los supuestos existentes, cabe hacer referencia a las siguientes Sentencias de esta Sala que se han ocupado de supuestos particulares en la materia: STS-4ª de 10-VI-1994 (rec. 2274/93): en un proceso de conflicto colectivo, se pronunció en contra de la absorción de un complemento de "cantidad-calidad" por el sueldo de convenio, por tratarse de conceptos heterogéneos; STS-4ª de 9-XII-1999 (rec. 684/99): consideró compensable un cuarto de paga de beneficios con un "complemento personal voluntario", al responder ambos a la finalidad de incrementar la retribución genérica, de lo que se deducía la homogeneidad; STS-4ª de 10-XI-1998 (rec. 4629/97): resolvió que no procedía absorber en el concepto de "comisiones fijas" el denominado "plus de convenio", ya que el hecho de que ambos estuvieran contemplados en el mismo convenio colectivo, ponía bien de manifiesto que se trataba de conceptos heterogéneos; STS-4ª 26-III-2004 (rec. 135/03): denegó la absorción del concepto salarial "antigüedad" por el de dedicación y prolongación de jornada, al deducirse del convenio, en el que ambos estaban contemplados, que se trataba de conceptos heterogéneos; SSTS-4ª de 6-VII-2004 (rec. 4562/03) y 28-II-2005 (rec. 2486/04): consideraron ambas que no eran homogéneos el "plus de penosidad, peligrosidad y toxicidad" (que la empresa pretendía no abonar por considerarlo absorbible) y un plus llamado "incentivos", otro denominado "plus de responsabilidad" y otro rotulado como "artículo 86.1", por corresponder cada uno de estos tres últimos a conceptos diferentes al primero que, en consecuencia, no podía ser absorbido por ninguno de éstos; STS-4ª de 26-XII-2005 (rec. 628/05): resolvió que no cabía neutralizar por absorción un incremento retributivo derivado de una elevación de categoría profesional con un complemento retributivo de actividad o de puesto de trabajo, pactado específicamente para llevar a cabo un traslado del trabajador desde Madrid a Barcelona.

SEPTIMO.- En el caso presente, del relato de hechos probados que se contiene en el lugar formalmente indicado de la sentencia de instancia (plenamente acogido por la aquí recurrida), completado con las afirmaciones que, con igual valor de hecho acreditado, se reflejan en la fundamentación jurídica de la primera de ellas, resulta que el llamado "complemento voluntario" que la actora venía percibiendo sin estar comprendido en el convenio colectivo aplicable (éste es el Nacional del Ciclo del Comercio del Papel y Artes Gráficas 2003-2006, publicado en el B.O.E. de 17 de Junio de 2004) no tiene un origen conocido, porque la empresa demandada, a la que tal carga incumbía (art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no logró acreditar la veracidad de su aserto, que consistía en sostener que el aludido complemento (no contemplado en el Convenio Colectivo) estaba precisamente pactado para retribuir las horas extraordinarias y las nocturnas, pese a que así lo deduzcan el juez de instancia y la Sala de suplicación (con un razonamiento que nosotros no podemos compartir) del hecho acreditado de que el tan repetido complemento venía percibiéndose todos los meses.

Por ello, el complemento en cuestión no puede considerarse homogéneo con la retribución de las horas extraordinarias ni tampoco de las nocturnas y, en consecuencia, la retribución derivada del trabajo en dichas horas no resulta absorbible por aquél, al amparo de lo dispuesto en el art. 26.5 de ET y en la jurisprudencia de esta Sala.



Lo hasta aquí razonado pone de manifiesto que la Sentencia recurrida se apartó de la buena doctrina, quebrantándola. Ello supone que, con estimación del presente recurso, deba casarse la aludida resolución y resolver conforme a la ortodoxia doctrinal el debate suscitado en trámite de suplicación, tal como dispone el art. 226.2 de la LPL .

OCTAVO.- Para resolver el mencionado recurso de suplicación, ha de tenerse en cuenta lo declarado probado en la sentencia de instancia respecto de las horas nocturnas, así como lo razonado en su quinto fundamento acerca de las extraordinarias.

En este último sentido, el Juez de instancia llega a la conclusión, a través de un razonamiento que plenamente compartimos, de que (si la retribución de estas horas extraordinarias no fuera absorbible) la actora habría devengado durante los años 2003 y 2004 un total de 710'73 euros en concepto de tales horas extraordinarias.

Por lo que se refiere a las horas nocturnas, se declara probado (h.p. 7º) que "en el año 2003 la actora realizó 109 horas nocturnas", sin que nada más aparezca probado al respecto. Así pues, multiplicando esta cifra por 1'516 euros la hora (señalado este precio en la demanda y no discutido el mismo de contrario), se obtiene por este concepto la cantidad de 165'24 euros.

Adicionando a los dos conceptos expresados los 135'27 euros reconocidos en la sentencia del Juzgado en concepto de retribución por antigüedad (que no ha sido objeto del presente recurso), se obtiene la suma total de 1.011'24 euros (salvo error u omisión), por cuyo importe procede estimar la demanda, revocando en este sentido la decisión de instancia. Sin costas en ninguno de ambos recursos, al no concurrir los condicionamientos que para su atribución contempla el art. 233.1 de la LPL .

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 DOÑA Valentina contra la Sentencia dictada el día 25 de Octubre de 2005 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el Recurso de suplicación 1579/05 , que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 25 de Febrero de 2005 pronunció el Juzgado de lo Social número tres de Bilbao en el Proceso 968/04 , que se siguió sobre reclamación de cantidad, a instancia de la mencionada recurrente contra la entidad BUS SHOP, S.L. y otro. Casamos la Sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos, y resolvemos el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar también el recurso de esta clase. En consecuencia, revocamos la Sentencia del Juzgado y, en su lugar, decidimos estimar parcialmente la demanda y condenar a la patronal demandada a abonar a la actora, por todos los conceptos reclamados, la suma total de 1.011'24 euros, absolviéndola del pago del resto de lo pedido. Sin costas en ninguno de ambos recursos.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente ,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. Juan Francisco García Sánchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.