

Roj: **STS 3827/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3827**Id Cendoj: **28079140012013100501**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/06/2013**Nº de Recurso: **2741/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ PV 970/2012,**  
**STS 3827/2013**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D<sup>a</sup> Marta Pérez Pire, en nombre y representación de PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, SA., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 28 de febrero de 2012, recaída en el recurso de suplicación nº 295/12, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Guipuzkoa, dictada el 25 de noviembre de 2011, en los autos de juicio nº 210/11, iniciados en virtud de demanda presentada por Cosme, contra PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. sobre RECLAMACION DE CANTIDAD.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 25 de noviembre, el Juzgado de lo Social nº 5 de Guipuzkoa, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimo parcialmente la demanda, y condeno a que PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA abone a Cosme la cantidad reclamada de 21621,07 euros en concepto de salario debidos y no abonados más un 10% en concepto de mora."

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "**PRIMERO** .- Cosme presta sus servicios para la empresa PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA con la categoría profesional, antigüedad y salario que constan en autos. **SEGUNDO.-** Cosme ha realizado un total de 620,32 horas extraordinarias en el año 2005. Cosme ha realizado un total de 836,27 horas extraordinarias en el año 2006. Cosme ha realizado un total de 851,81 horas extraordinarias en el año 2007. **TERCERO.-** La empresa PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA no ha abonado a Cosme la cantidad de 5024,59 euros en concepto de diferencias de abono por las horas extraordinarias realizadas por la parte actora en el año 2005; la cantidad de 7978,01 euros en concepto de diferencias de abono por las horas extraordinarias realizadas por la parte actora en el año 2006 y la cantidad de 8618,47 euros en concepto de diferencias de abono por las horas extraordinarias realizadas por la parte actora en el año 2007. Dicho cálculo ha sido realizado computando únicamente los complementos de naturaleza salarial de las nóminas de Cosme, no incluyéndose en los mismos los pluses de transporte y vestuario y como consecuencia de multiplicar el número de horas extras realizadas por la parte actora y la diferencia de lo abonado en euros entre la hora ordinaria y la hora extra del Convenio aplicable en el año 2005, lo que hace un valor de hora extra de 15,20 euros, en el año 2006 de 16,83 euros y en el año 2007 de 17,52 euros. **CUARTO.-** A las partes les es de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad Privada. **QUINTO.-** Se ha intentado la conciliación entre las partes ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Gipuzkoa del Gobierno Vasco el 8 de febrero



del 2.008 acto al que no acudió la empresa PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA teniéndose el mismo por intentado sin efecto."

**TERCERO.**- Contra la anterior sentencia, el letrado de PROSEGUR, Compañía de Seguridad, SA., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 28 de febrero de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que DESESTIMANDO el recurso de Suplicación interpuesto por PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. frente a la sentencia de 25 de Noviembre de 2011 (autos 210/11) dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Guipúzcoa en procedimiento sobre reclamación de cantidad instado por Cosme contra el recurrente, debemos CONFIRMAR la resolución impugnada. Se impone a la parte recurrente el pago de las costas del recurso, que incluirán los honorarios del Letrado de la parte demandante, en cuantía de 200 euros".

**CUARTO.**- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la letrada D<sup>a</sup> Marta Pérez Pire en nombre de PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 15 de junio de 1999, recurso 1938/98.

**QUINTO.**- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

**SEXTO.**- Se señaló para la votación y fallo el día 12 de junio de 2013, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El Juzgado de lo Social nº 5 de San Sebastián dictó sentencia el 25 de noviembre de 2011, autos 210/11, estimando parcialmente la demanda formulada condenando a que PROSEGUR, Compañía de Seguridad SA abone a D. Cosme la cantidad de 21.621'07 euros, mas un 10% en concepto de mora. Tal y como resulta de dicha sentencia el actor presta sus servicios con la categoría profesional de vigilante de seguridad desde el 1 de noviembre de 1994, para la empresa PROSEGUR, Compañía de Seguridad SA, habiendo realizado horas extraordinarias durante los años 2005, 2006 y 2007, 620,32 horas extraordinarias en el año 2005, 836,27 horas extraordinarias en el año 2006 y 851'81 horas extraordinarias en el año 2007, siendo abonadas las mismas en la cuantía que establecía el artículo 42 del Convenio Colectivo Estatal de empresas de seguridad para los años 2005-2008.

Recurrida en suplicación por la demandada, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia el 28 de febrero de 2012, recurso número 295/12, desestimando el recurso de suplicación interpuesto. La sentencia razona que los conceptos que integran la retribución de las horas extraordinarias en el sector de las empresas de seguridad es materia bien delimitada por la jurisprudencia, debiendo incluirse en las mismas los pluses de peligrosidad, festividad y nocturnidad, tanto porque son complementos indiscutiblemente salariales como porque las horas extraordinarias pueden realizarse bajo las circunstancias que justifican el devengo de esos complementos, debiendo quedar excluidos del cálculo los pluses de transporte y vestuario por razón de su naturaleza extrasalarial, razonando que procede el interés por mora reclamado, dado el carácter consolidado de la doctrina jurisprudencial.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de casación para la unificación de doctrina proponiendo para el primer motivo del recurso la sentencia dictada por esta Sala el 7 de febrero de 2012, recurso de casación para la unificación de doctrina número 2395/11 y para el segundo motivo la sentencia dictada por esta Sala el 15 de junio de 1999 recurso de casación para la unificación de doctrina número 1938/98.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el recurso debe ser declarado procedente.

**SEGUNDO.**- Procede el examen de la sentencia invocada como primer motivo del recurso, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 219 de la LRJS que supone que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social el 7 de febrero de 2012, recurso número 2395/11, estimó en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Rosalía Jarabo Sancho, en representación de Segur Ibérica SA, contra la sentencia dictada



el 10 de junio de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso número 491/11 , interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, en el procedimiento 285/08, seguido a instancia de D. Marcelino contra dicho recurrente en reclamación de cantidad y, tras casar y anular la sentencia recurrida, estimó en parte el recurso planteado estimando, en consecuencia, en parte, la demanda formulada, condenando al demandado a abonar al actor la cantidad correspondiente a la diferencia entre lo abonado por las horas extras realizadas durante los años 2005 a 2007 y la que corresponde percibir, calculada en la forma establecida en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia. Consta en dicha sentencia que el actor viene prestando servicios como vigilante de seguridad para Secur Ibérica SA, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad 2005-2008. El actor realizó horas extras durante los años 2005, 2006 y 2007 siéndole retribuidas a razón de 7'1 €/hora en el año 2005, 7'29 €/horas en el año 2006 y 7'41 €/hora en el año 2007. La sentencia entendió que la hora extraordinaria ha de tener la misma retribución que la hora ordinaria, si se realiza en las mismas condiciones que ésta y, por lo tanto, hay derecho al percibo del correspondiente complemento de puesto de trabajo. Si en el valor de la hora ordinaria está incluido un plus de peligrosidad, por realizarse el trabajo en determinadas condiciones -por ejemplo a la intemperie- la hora extraordinaria tendrá este plus, si el trabajo se realiza en las mismas condiciones. Por contra, si el trabajo en horas extraordinarias no se realiza en esta circunstancia -no se realiza a la intemperie sino en el interior de la empresa- no se incluirá en el valor de la hora extraordinaria el plus de penosidad.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS, pues en ambos casos se trata de trabajadores, vigilantes de seguridad de la empresa Prosegur, Compañía de Seguridad SA., que han realizado horas extras -durante los años 2005 a 2007 en ambos supuestos- retribuidas en la cuantía que fijaba el precepto entonces vigente del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad 2005-2008 y que, tras declararse la nulidad de dicho precepto, reclaman las diferencias en el importe de las horas extras. El trabajador alega que para calcular las mismas ha de partirse del valor de la hora ordinaria de trabajo, con inclusión de los pluses correspondientes, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la sentencia recurrida incluye los pluses de peligrosidad, festividad y nocturnidad, la de contraste únicamente los incluye en las horas extras si se realizan en las condiciones establecidas en el convenio para devengar los mismos.

Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS procede entrar a conocer del fondo de la cuestión debatida.

**TERCERO** .- El recurrente alega que la sentencia recurrida vulnera los artículos 35 y 26 del Estatuto de los Trabajadores , así como la jurisprudencia relacionada con su aplicación.

En esencia aduce que no se pueden incluir para el cálculo de la hora ordinaria aquellos pluses funcionales que remuneran las especiales y concretas circunstancias en las que han sido desarrolladas unas determinadas horas de trabajo, pero que en ningún caso conforman la jornada habitual del trabajador.

Cuestión similar a la ahora examinada ha sido resuelta por reiterada jurisprudencia de la Sala, entre la que podemos citar la sentencia de 7 de febrero de 2012, recurso 2395/2011 , que ha establecido lo siguiente: "*Para una recta comprensión de la cuestión debatida procede realizar un breve examen de las vicisitudes sufridas por el artículo 42.2 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad para los años 2005-2008.*

*Dicho precepto establecía el valor de la hora extraordinaria en el cociente de dividir el salario base mensual de cada categoría laboral entre el número de horas mensuales de trabajo efectivo fijado en el artículo 21 del Convenio, quedando excluidas las pagas extraordinarias, así como los complementos retributivos, sean fijos o variables, salariales o extrasalariales de convenio o fuera de convenio.*

*La sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007, recurso 33/06 , interpuesto por "Alternativa Sindical de trabajadores de empresas de seguridad privada y de servicios afines" y por el "Sindicat independent professional de vigilancia i serveis de Catalunya", declaró la nulidad del apartado 1a) del artículo 42 del Convenio Colectivo Estatal de la empresas de Seguridad para los años 2005 a 2008, que fija el valor de las horas extraordinarias laborales y festivas para los vigilantes de seguridad y del apartado b) de dicho precepto, únicamente en cuanto a las horas extraordinarias laborales para el resto de las categorías profesionales y del punto 2 del artículo 42 del convenio que fija un valor de la hora ordinaria, a efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias inferior al que corresponde legalmente. La sentencia fundamenta la declaración de nulidad parcial del precepto en el siguiente razonamiento: "La especificación, que hace el artículo 35.1 ET de que "el valor de las horas extraordinarias en ningún caso podrá ser inferior a la hora ordinaria", por su propia dicción literal no permite a la autonomía colectiva fijar ese valor en relación únicamente a uno de los elementos componentes de la estructura salarial, cuál es el salario base. De haberlo querido el legislador así lo hubiera dispuesto, como acaeció en su día, en otros preceptos hay modificaciones; así, p.ej. el artículo 25 ET , disponía, en su redacción originaria,*



respecto a los incrementos económicos por antigüedad que los mismos "se calcularían sobre el salario base" e igual referencia contenía el artículo 3.4.b) que al regular la retribución por nocturnidad disponía que "tendrán la retribución específica incrementada como mínimo en un 25 por 100 sobre el salario base".

La expresión legal "en ningún caso" conduce al "ius cogens" y, por tanto, 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. 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 (a estos complementos se referían los apartados A ), B ), D ) y F) del artículo 5 del derogado Decreto de 17 de agosto de 1973 de Ordenación de Salario ) incluso, aquellos como las pagas extraordinarias que se devengan en proporción al tiempo trabajado. A partir de esta premisa, es de señalar que el salario ordinario unitario y total constituye la base cuantitativa del correspondiente al de la hora extraordinaria, de modo que 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.". Continúa razonando: "Como se ha dicho recientemente por esta Sala del Tribunal Supremo (por todas STS de 12 de enero de 2005, Rec. 984/2004 ) "Esta imperatividad formal resulta avalada por las interpretaciones de carácter lógico y finalista del precepto: desde el primero de los criterios hermenéuticos es clara la irrazonabilidad de retribuir el trabajo prestado en horas extraordinarias con cantidad inferior a la correspondiente al mismo trabajo prestado durante la jornada ordinaria. Desde el segundo, la finalidad de la regulación de las horas extraordinarias, tanto sobre su número como sobre su remuneración, está inspirada en un criterio de limitación de las mismas, para evitar los inconvenientes o daños que pudieran derivar del exceso de trabajo, en los aspectos individual y social."

Debe concluirse, pues, que el artículo 35.1 ET sobre el valor de las horas extraordinarias constituye una norma legal de Derecho imperativo relativo, donde la voluntad negociadora colectiva o individual, subsidiaria ésta de aquélla, cumple respecto de dicha norma una función de complementariedad por expresa remisión de la misma y con el límite que establece, que es un mínimo de Derecho necesario no susceptible de vulneración en caso alguno, tal como dice expresamente el artículo 35.1, de cuya aplicación se trata, y resulta conforme a los artículo 3.3 y 85.1, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores .".

Con posterioridad se planteó conflicto colectivo por Aproser siendo resuelto por sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2009 el recurso 42/08 , que estimaba los recursos formulados por Alternativa Sindical de Trabajadores y de Empresas de Seguridad Privadas y Servicios Afines, Sindicat Independent Professional de Vigilancia i Serveis de Catalunya, CIG, FES-UGT y USO. La sentencia entendió que lo resuelto en la sentencia de esta Sala anteriormente citada, de 21 de febrero de 2007, recurso 33/06 , tiene valor de cosa juzgada positiva respecto al conflicto planteado, por lo que hay que acatar y seguir lo que resolvió la precitada sentencia, sobre la forma en la que ha de obtenerse el valor de la hora extraordinaria para resolver la cuestión debatida. No se aprecia que concurra el efecto de cosa juzgada negativa, que de darse excluiría en ulterior proceso, ya que entre la sentencia dictada por esta Sala el 21 de febrero de 2007 , recurso 33-06y el asunto ahora planteado no concurren las identidades exigidas por el artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Partiendo de lo establecido en dichas sentencias, la sentencia recurrida entiende que todas las horas extraordinarias se deben retribuir en la misma cuantía de la hora ordinaria, ascendiendo ésta al cociente que resulte de dividir la totalidad de las cantidades percibidas por el trabajador de la empresa -excepto el plus de transporte y el plus de vestuario- por el número de horas de trabajo fijado en el convenio para dicho año, sin excluir del cómputo el completo de hora nocturno, el de fin de semana y festivo y el de peligrosidad variable. Tal interpretación no es ajustada a derecho pues las sentencias citadas, correspondientes a los recursos 33/06 y 42/08 , se limitan a consignar, con el carácter general y abstracto, propio de una sentencia de conflicto colectivo, que todas las horas extraordinarias se deben retribuir a partir del valor que tenga la hora ordinaria y este último valor hace referencia no solo al salario base sino a todos aquellos complementos que deben integrarse en la estructura salarial, siendo dichos complementos a los que se referían los apartados A ), B ), D ) y F) del artículo 5 del derogado Decreto de 17 de agosto de 1973 de ordenación del salario, incluyendo asimismo el importe de las pagas extraordinarias. Este razonamiento no significa que todas las horas extraordinarias deban abonarse con el mismo valor que se ha fijado para la hora ordinaria, incluyendo todos los complementos anteriormente consignados, sino que hay que tener en cuenta qué concretos complementos se han abonado en las horas ordinarias y si procede o no reconocer los mismos en las horas extraordinarias.

No hay que olvidar que el derogado Decreto de 17 de agosto de 1973, de ordenación de salario, a cuyos apartados A), B), D) y F) se refiere la sentencia correspondiente al recurso 33/06, enumera en el segundo de dichos apartados los denominados "complementos de puesto de trabajo, tales como incrementos por penosidad, toxicidad, trabajo nocturno..." señalando que dicho complemento "es de índole funcional y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, por lo que no tendrá carácter



consolidable", con lo que aparece una clara indicación de que el complemento se percibe si se realiza el trabajo en las condiciones que exige la norma para el percibo del mismo.

La precitada sentencia de 21 febrero de 2007 recurso 33/06 , ha tenido en cuenta este requisito de los complementos de puesto de trabajo, al reiterar lo dicho en la sentencia de esta Sala de 12 de enero de 2005, recurso 984/04, señalando: "Esta imperatividad formal resulta avalada por las interpretaciones de carácter lógico y formalista del precepto: desde el primero de los criterios hermeneuticos es clara la irrazonabilidad de retribuir el trabajo prestado en horas extraordinarias con cantidad inferior a la correspondiente al mismo trabajo prestado durante la jornada ordinaria". Al referirse "al mismo trabajo", está señalando en realidad al "trabajo prestado en las mismas condiciones", lo que nos conduce, de nuevo, a concluir que los complementos de puesto de trabajo únicamente se devengan si el trabajo se presta en las condiciones fijadas para el percibo de dicho complemento.

La sentencia de esta Sala de 19 de octubre de 2011, recurso 33/11 , establece: "El acuerdo de 23 de enero de 2006, que es aplicable, no contiene una definición del valor de la hora ordinaria, pero este valor no puede establecerse excluyendo conceptos que son de percepción normal en el marco de la ejecución del contrato y en este sentido no puede limitarse el computo al salario base y al complemento "ad personam". El valor de la retribución de la hora ordinaria debe, por tanto, determinarse, como han establecido nuestras sentencias de 21 de febrero de 2007 y 10 de noviembre de 2009 , computando para el calculo el salario base y todos los complementos salariales que correspondan a la ejecución normal del trabajo, excluyendo solo aquellos conceptos que vienen a compensar de modo específico circunstancias excepcionales en el desarrollo del trabajo". Tales circunstancias excepcionales son las que se contemplan en los "complementos de puestos de trabajo como penosidad, toxicidad, peligrosidad...", que solo se devengarán si el trabajo -sea hora ordinaria o extraordinaria- se realiza en las condiciones de penosidad, toxicidad, peligrosidad... requeridas para el devengo del citado plus.

En consecuencia, la hora extraordinaria tendrá exactamente la misma retribución que la hora ordinaria, si se realiza en las mismas condiciones que esta y, por lo tanto, hay derecho al percibo del correspondiente complemento de puesto de trabajo. Si en el valor de la hora ordinaria está incluido un plus de penosidad, por realizarse el trabajo en determinadas condiciones -por ejemplo a la intemperie- la hora extraordinaria tendrá este plus si el trabajo se realiza en las mismas condiciones.

Por contra, si el trabajo en horas extraordinarias no se realiza en esta circunstancia -no se realiza a la intemperie sino en el interior de la empresa- no se incluirá en el valor de la hora extraordinaria el plus de penosidad.

Si el trabajo en horas ordinarias no se realiza a la intemperie sino en el interior, no conllevará el plus de penosidad, pero si la hora extraordinaria se realiza a la intemperie si se le aplicará este plus, con lo que en este concreto supuesto el importe de la hora extraordinaria será superior al de la hora ordinaria.

CUARTO.- Para determinar si los pluses controvertidos -plus de hora nocturna, plus de fin de semana y festivo y plus de peligrosidad variable- han de ser incluidos en el cómputo de la hora ordinaria para posteriormente, calcular el valor de la hora extraordinaria, hay que acudir al convenio colectivo para conocer las circunstancias concretas que dan lugar al percibo de dichos pluses.

El artículo 69, bajo el epígrafe "complementos de puestos de trabajo" en su apartado g) dispone: "Plus de Trabajo Nocturno.- Se fija un plus de Trabajo Nocturno por hora trabajada. De acuerdo con el Art. 41 del presente Convenio Colectivo , se entenderá por trabajo nocturno el comprendido entre las veintidós horas y las seis horas del día siguiente. Si las horas trabajadas en jornada nocturna fueran de cuatro o más horas, se abonará el plus correspondiente a la jornada trabajada, con máximo de ocho horas.". El apartado h) establece: "Plus de Fin de semana y Festivos. Teniendo en cuenta que los fines de semana y festivos del año son habitualmente días laborables normales en el cuadrante de los vigilantes de seguridad del Servicio de Vigilancia, se acuerda abonar a estos trabajadores un Plus por hora efectiva trabajada de 0'74 € durante los sábados, domingos y festivos para el año 2005. Este plus ascenderá a 0'77 € para el año 2006, 0'80 € para el año 2007 y 0'83 € para el año 2008. A efectos de cómputo será a partir de las 00.00 horas del sábado a las 24.00 del domingo y en los festivos de las 00.00 horas a las 24.00 horas de dichos días trabajados. No es abonable para aquellos trabajadores que hayan sido contratados expresamente para trabajar en dichos días (ej. Contratos a Tiempo Parcial para fines de semana). A los efectos de los días festivos, se tendrán en cuenta los nacionales, autonómicos y locales señalados para cada año, correspondientes al lugar de trabajo donde el vigilante de seguridad de vigilancia preste el servicio, independientemente del centro de trabajo donde esté dado de alta...".

El apartado a) señala: "Peligrosidad.- El personal de vigilancia y transporte de fondos y explosivos que, por el especial cometido de su función, esté obligado por disposición legal a llevar un arma de fuego, percibirá mensualmente, por este concepto, el complemento salarial señalado en el presente artículo o en el Anexo Salarial de este Convenio..".



*Dichos complementos, dada su naturaleza de complementos de puesto de trabajo y las especiales circunstancias que exigen para su devengo, solo procederán en el supuesto de que el trabajo -sea en horas ordinarias o extraordinarias- se realice, en las condiciones que se señalan. Es decir, si el trabajo se realiza entre las veintidós horas y las seis horas del día siguiente, en sábado, domingo o festivo o con arma se abonará, respectivamente el plus de trabajo nocturno, de fin de semana y festivo o de peligrosidad variable, no abonándose si no se realiza en dichas condiciones.*

*Por lo tanto, para el cálculo del valor de la hora ordinaria de trabajo, a efectos de calcular el valor de la hora extraordinaria, no se incluirán estos complementos. No obstante si en la realización de las horas extraordinarias concurren alguna de dichas circunstancias -realización de las mismas entre las veintidós horas y las seis horas del día siguiente, en sábado, domingo o festivo, o con arma- al valor de la hora extraordinaria habrá que añadir el importe de dichos pluses."*

**CUARTO** .- Sentado el criterio a seguir para el cálculo de las horas extraordinarias realmente realizadas por el demandante y resultando de lo actuado que, aunque el actor no tiene derecho a percibir la cantidad reclamada, tampoco la empresa le ha abonado aquellas horas de conformidad con la cuantía con la que debían haberse valorado las mismas, no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo de lo debido por la empresa por este concepto, se impone dictar sentencia por la que, estimando en parte este motivo del recurso interpuesto, se condene a la demandada a abonar al actor la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución. Para la efectividad de este acuerdo procederá que en el Juzgado de origen se mantenga el aval prestado hasta que el demandado dé cumplimiento a lo aquí acordado.

**QUINTO** .- Para el segundo motivo del recurso, el recurrente invoca la sentencia dictada por esta Sala el 15 de junio de 1999, recurso 1938/98 .

La citada sentencia estimó parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto en nombre y representación de Neojuegos SA, frente a la sentencia de 10 de marzo de 1998 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Neojuegos SA frente a la sentencia de 21 de octubre de 1997 dictada por el Juzgado de lo Social de Cáceres número 2, en autos seguidos por D. Teofilo y otros frente a Norbabingo SA y Neojuegos SA sobre reclamación de cantidad. Consta en dicha sentencia que los actores prestaron servicios para las demandadas, habiéndose ordenado el 13 de febrero de 1992 el cierre temporal del Bingo por el Gobierno Civil de Cáceres. Los actores reclaman atrasos de convenio, partes proporcionales de pagas extras de julio, Navidad y vacaciones de 1992, bolsa de vacaciones y salario de los meses de marzo y abril de 1992 - reclamación esta última de la que desistieron- condenando la sentencia de instancia solidariamente a las dos demandadas al abono de determinadas cantidades más el 10% de interés por mora. Dicho pronunciamiento fue confirmado por la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura al resolver el recurso de suplicación. La sentencia de esta Sala razona que no procede la condena a las demandadas al abono del interés por mora ya que el principal reclamado puede y debe calificarse de fundamentalmente controvertido y ello porque las cantidades reclamadas en demanda no eran líquidas, porque no estaban correctamente determinadas. Una parte de las cantidades no era exigible por haber prescrito en la fecha de su reclamación y así lo declaró la Sala, otra no era adeudada, lo que llevó a los actores a desistir parcialmente de sus demandas y además se cuestionaba, con cierto fundamento, el sistema de cálculo de lo debido por prorrata de pagas extras. De otro lado, no cabe considerar infundada la oposición de la empresa recurrente a asumir el papel de empleadora alegando que no había llegado a hacerse cargo del bingo, cuando la primera sentencia de instancia acogió su tesis de falta de legitimación pasiva.

Si bien entre las sentencias comparadas aparecen ciertos catos diferenciales, en concreto en la sentencia recurrida no se ha apreciado la prescripción de cantidades, los actores no han desistido de parte de lo reclamado y no se ha negado por la demandada su papel de empleadora, es lo cierto que ambas parten de hechos iguales. En efecto en ambos supuestos se trata de trabajadores que reclaman cantidades, cuya cuantía no es líquida, que son cantidades controvertidas, que se cuestiona por la empresa, con fundamento, el modo de calcular las mismas y que solo se estima por el Tribunal una parte de las cantidades que reclaman, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la recurrida entiende que procede la condena al pago del interés por mora reclamado, la de contraste resuelve que no procede el pago del mismo.

Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS, procede entrar a resolver el fondo de la cuestión planteada.

**SEXTO** .- El recurrente aduce vulneración por la sentencia recurrida del artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, al condenar a la empresa al pago de interés por mora planteándose la cuestión de si procede la condena al abono de dichos intereses cuando es objeto de litigio el abono del principal reclamado.



La cuestión ha sido abordada por esta Sala en sentencia de 23 de enero de 2013, recurso 1119/12, en la que se reitera lo dicho en sentencia de 15 de marzo de 2005, recurso número 4460/03, en la que se ha razonado lo siguiente: "nuestra Sentencia de 15 de Junio de 1999 (Recurso 1938/98), en cuyo tercer fundamento se razona que <<es doctrina constante de esta Sala en interpretación y aplicación del citado precepto estatutario, sentada en la sentencia de contraste de 14-10-85 (dictada en interés de ley y en relación con el art. 29.3 de la Ley 8/80 de 10 de Marzo, pero con doctrina aplicable igualmente en casación unificadora y en relación con el mismo precepto del Real Decreto Legislativo 1/1.995 de 24 de Marzo que no ha variado su texto) y también en las anteriores de 7 de junio y 21 de diciembre de 1.984 y en las posteriores de 28 de septiembre 1989, 28 de octubre de 21.992, 9 de diciembre 94 y 1 de abril de 96 - que "...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" ( Sentencias de 14-10-85 y 28-8-89 ), 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 2-12-94 y 1-4-96 ). 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>>".

Con posterioridad la Sala ha matizado la anterior doctrina, en las sentencias de 30 de enero de 2008 (rec. 414/07), 8 de junio de 2009 (rec. 2873/08), 14 y 23 de julio de 2009 (rec. 3576/08 y 4501707) y 29 de junio de 2012, (rec. 3739/11). En la última de las sentencias citadas con referencia a las anteriores, se contiene el siguiente razonamiento: "Ciertamente que esas sentencias no se han dictado en supuestos de reclamación de diferencias salariales, pero el principio que sientan es el mismo que debe aplicarse en los supuestos de reclamación de cantidades salariales, pues siempre se trata de resarcir al acreedor por el lucro cesante que el incumplimiento de la obligación de pago por el deudor le ha causado. Por tanto, conforme a los artículos 1101 y 1108 del Código Civil, deben reparar los daños y perjuicios causados quienes incurren en mora en el cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias, reparación que se extiende al lucro cesante para lograr la completa indemnidad, lo que obliga a que toda deuda de suma o cantidad lleve anudada la condena al pago de intereses.

Con ello esta Sala sigue la doctrina sentada por la Sala Primera de este Tribunal que viene atenuando el principio "in liquidis non fit mora" y estableciendo la condena al pago de intereses, incluso cuando se condena al abono de menos de lo pedido, cual muestran sus sentencias de 19 de junio de 1995 (Rec. 713/92), 1 de diciembre de 1997, 18 de febrero de 1998 (Rec. 3231/93), 9 de marzo de 1999 (Rec. 2615/94) y 19 de febrero de 2004 (Rec. 941/98) entre otras."

Las cantidades reclamadas en este pleito han de calificarse de esencialmente controvertidas, bastando para alcanzar tal conclusión examinar el fundamento de derecho anterior en el que se narra con todo lujo de detalles las vicisitudes sufridas por el artículo 42.1 a) del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad para los años 2005 a 2008, que fijaba el valor de las horas extraordinarias para los vigilantes de seguridad -concepto que se reclama en esta litis- declarado nulo por sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007, recurso 33/06, seguido de varios conflictos colectivos planteados en torno a los conceptos retributivos que habían de tomarse en consideración para fijar el importe de dichas horas extras. Asimismo ha de tenerse en cuenta la enorme litigiosidad desatada por reclamaciones similares a la ahora examinada, que a este Tribunal le constan por haber resuelto numerosos asuntos y, por último el hecho de que la demanda haya sido parcialmente estimada, rechazándose parte de las cantidades reclamadas, lo que nos lleva a concluir que no procede la condena al abono del interés por mora, a tenor del artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Por todo lo razonado el motivo ha de ser estimado.

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

## FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por PROSEGUR, Compañía de Seguridad, SA., contra la sentencia dictada el 28 de febrero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de Suplicación número 295/12, interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Guipuzkoa de fecha 25 de noviembre de 2011, en autos 210/11, seguidos a instancia de D. Cosme contra el ahora recurrente, en reclamación de cantidad. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos en parte el recurso interpuesto por PROSEGUR, Compañía de Seguridad SA., estimando, en consecuencia, en parte la demanda formulada condenando al demandado a abonar al actor la cantidad correspondiente a la diferencia entre las horas extras realizadas durante el año 2007 y la que corresponda percibir calculada en la forma establecida en el fundamento de derecho tercero de esta



resolución. Sin costas. Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir. Se acuerda que se mantenga el aval prestado hasta que el demandado de cumplimiento a lo acordado en la sentencia.

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. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ