



Roj: **STS 5360/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5360**

Id Cendoj: **28079140012012100555**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2012**

Nº de Recurso: **2746/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 757/2011,**
STS 5360/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Julio de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Mario Castro Casas, en nombre y representación de la Empresa COMPAÑIA MEDITERRANEA DE VIGILANCIA S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 29 de abril de 2011, recaída en el recurso de suplicación nº 131/2011, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Palma de Mallorca, dictada el 11 de junio de 2010, en los autos de juicio nº 977/08, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Eugenio, contra COMPAÑIA MEDITERRANEA DE VIGILANCIA, SA (MEVISA), sobre CANTIDAD.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de junio de 2010, el Juzgado de lo Social nº 3 de Palma de Mallorca, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando en parte la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DON Eugenio frente a COMPAÑIA MEDITERRANEA DE VIGILANCIA, S.A. (MEVISA), sobre CANTIDAD, debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 9.172,42 €, por los conceptos de la demanda."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **1º** .- La parte actora, NIE Nº NUM000, ha venido prestando servicios para la demandada desde el 1-9-1994 como Vigilante de Seguridad. **2º** - En fecha 21-2-2007 se dictó Sentencia por la Sala Cuarta del TS en proceso de conflicto colectivo, rec. 33/2006, en cuyo fallo dispuso "declaramos la nulidad, correspondiente, del " apartado 1.a) del artículo 42 del Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad para los años 2005 a 2008 que fija el valor de las horas extraordinarias laborables y festivas para los vigilantes de seguridad"; del art. 42, apartado b), únicamente en cuanto a las horas extraordinarias laborales para el resto de las categorías profesionales y el punto 2 del artículo 42, que fija un valor de la hora ordinaria a efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias inferior al que corresponde legalmente". Por Auto de la misma Sala, de 28-3-2007, se rechazaba la aclaración de la Sentencia y se argumentaba: "No cabe pues, en el ámbito de este proceso, realizar disquisiciones sobre la cuantificación del salario base, y de los complementos salariales que integran la estructura salarial, lo que, en su caso, sería objeto de conocimiento en un posterior proceso de reclamación de cantidad por diferencias en el pago de las horas extraordinarias". **3º** .- Por la Asociación Nacional de Empresa de Seguridad se planteó el 7-6-2007 nuevo conflicto colectivo ante la Audiencia nacional por el que se solicita "que se declare que, a tenor del art. 35.1 ET, el valor de la hora extraordinaria debe obtenerse a partir del valor de la hora ordinaria de trabajo, considerando como tal el correspondiente al salario ordinario por unidad de



tiempo, sin computar un modo específico de realizar el trabajo o su prestación en circunstancias concretas, que ya se encuentra retribuido por el propio complemento salarial de que se trate". El procedimiento terminó por Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 10-11-2009 que, estimando la excepción de cosa juzgada por la Sentencia de la Sala 4ª del TS de 21-2-2007, anuló la dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. 4º.- En fecha 18-9-2007 se ha presentado por asociaciones patronales de empresas de seguridad otro conflicto colectivo por el que se pretende que los sindicatos demandados "acepten la inaplicación de los conceptos económicos del Convenio Colectivo vigente, como consecuencia de haberse roto el equilibrio del mismo con efecto retroactivo al 31-12-2004, debiendo proceder a la negociación de los mismos, para la recuperación del equilibrio del convenio, aplicándose mientras tanto los conceptos económicos del convenio anterior, correspondientes a los años 2002-2004, hasta que se proceda a la citada negociación, o hasta que se negocie un convenio nuevo". Se dictó sentencia por la Sala de lo Social de Audiencia Nacional que apreció la inadecuación de procedimiento, Sentencia que fue revocada por Sentencia de la Sala Cuarta de 9-12-2009, que devuelve las actuaciones a la Audiencia Nacional para que se pronuncie sobre el conflicto colectivo planteado. 5º.- El Art. 41 del Convenio Colectivo Convenio Colectivo Interprovincial de Empresas de Seguridad 2005-2008, (BOE de 10 de junio de 2005), establece: "La jornada de trabajo será para los años 2005 y 2006, será de 1.788 horas anuales de trabajo efectivo en cómputo mensual a razón de 162 horas y 33 minutos y, para los años 2007 y 2008, de 1.782 horas anuales de trabajo efectivo en cómputo mensual a razón de 162 horas. No obstante, las Empresas, de acuerdo con la Representación de los Trabajadores podrán establecer fórmulas alternativas para el cálculo de la jornada mensual a realizar." 6º.- El artículo 66 del mismo Convenio Colectivo establece: "Estructura salarial: "La estructura salarial que pasarán a tener las retribuciones desde la entrada en vigor, del presente Convenio será la siguiente: a) Sueldo base. b) Complementos: 1. Personales: Antigüedad. 2. De puestos de trabajo: Peligrosidad. Plus escolta. Plus de actividad. Plus de responsable de equipo de vigilancia, de transporte de fondos o sistemas. Plus de trabajo nocturno. Plus de Radioscopia Aeroportuaria. Plus de Radioscopia básica. Plus de Fines de Semana y festivos-Vigilancia. Plus de Residencia de Ceuta y Melilla. 3. Cantidad o calidad de trabajo: Horas extraordinarias. 4. De vencimiento superior al mes: Gratificación de Navidad. Gratificación de Julio. Beneficios. 5. Indemnizaciones o suplidos: Plus de Distancia y Transporte. Plus de Mantenimiento de Vestuario." 7º.- La uniformidad se regula en el art. 75 del Convenio Colectivo citado en los siguientes términos: "Las Empresas facilitarán cada dos años al personal operativo las siguientes prendas de uniforme: tres camisas de verano, tres camisas de invierno, una corbata, dos chaquetillas, dos pantalones de invierno y dos pantalones de verano. Igualmente se facilitará cada año un par de zapatos. Asimismo se facilitará, en casos de servicios en el exterior las prendas de abrigo y de agua adecuadas. Las demás prendas de equipo se renovararán cuando se deterioren. En caso de fuerza mayor, debidamente probada, se sustituirán las prendas deterioradas por otras nuevas". No consta que los trabajadores de la demandada hayan tenido que pagar alguna prenda de vestuario por negligencia en su cuidado. 8º.- La hora extraordinaria se abonó a 7,10 € en el año 2005, a 7,29 € en el año 2006, y a 7,41 € en los años 2007, 2008, y 2009. 9º.- La parte demandante ha trabajado anualmente las horas y percibido las cantidades siguientes por los conceptos que se especifican:

Años 2005 2006 2007 2008 2009

Horas trabajadas 1.470,00 1788,00 1.484,00

Conceptos:

Salariales

Salario base 7.666,08 9.676,39 8.327,60

Antigüedad

Plus de actividad 1.603,04 720,53

Plus de trabajo nocturno 355,46 1.141,07 1.863,55

Plus disponibilidad

Plus de peligrosidad 88,05 35,08 37,05

Plus de festivos 438,64 745,74 1.297,19

Plus de radioscopia

Plus de responsable de equipo

Plus de escolta

Pagas extraordinarias 2.276,67 2.871,18 2.478,15

Atrasos salariales



TOTAL 10.824,90 16.072,50 14.724,07

Valor hora por tales conceptos 7,36 9,03 9,92

Extrasalariales

Plus de transporte 680,84 209,44 721,50

Plus de vestuario 668,77 207,64 715,30

Dietas

Kilometraje

10º .- La parte actora realizó las siguientes horas extraordinarias en los años que se indican:

Año nº de horas extras

2005 896,38

2006 1.170,23

2007 2.750,27

11º .- El tema objeto de debate en el presente procedimiento afecta a todos los trabajadores del sector de Empresas de Seguridad. **12º** Se celebró el preceptivo actor de conciliación."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, D. Eugenio y la Empresa Mediterránea de Vigilancia S.A., formularon recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, dictó sentencia en fecha 29 de abril de 2011 , en la que consta el siguiente fallo: "SE DESESTIMAN los Recursos de Suplicación interpuestos por la representaciones de D. Eugenio y por la Compañía Mediterránea de Vigilancia, S.A. (MEVISA), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número 3 de Palma de Mallorca (Baleares), de fecha once de junio de dos mil diez , en los autos de juicio nº 977/08 seguidos en virtud de demanda formulada por D. Eugenio , frente a la Compañía Mediterránea de Vigilancia, S.A. (MEVISA), y, en su virtud, SE CONFIRMA la sentencia recurrida."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, el Procurador D. Mario Castro Casas, 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 Superior de Justicia de Madrid, el 22 de septiembre de 2008, recurso 2083/08 .

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 parcialmente el recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 26 de junio de 2012, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Social nº 3 de los de Palma de Mallorca dictó sentencia el 11 de junio de 2010 , autos número 977/08, estimando en parte la demanda formulada por D. Eugenio frente a Compañía Mediterránea de Vigilancia (MEVISA), sobre cantidad, condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 9.172'42 euros, por diferencias en la retribución de las horas extraordinarias trabajadas durante los años 2005 a 2007, ambos inclusive. Tal y como resulta de dicha sentencia el actor ha venido prestando servicios como vigilante de seguridad desde el 1 de septiembre de 1994, por cuenta de la demandada MEVISA, siendo de aplicación el Convenio Colectivo de empresas de seguridad 2005-2008. Durante el año 2005 realizó 896'38 horas extras, durante el año 2006, 1170'23 horas extras y durante el año 2007, 2750'27 horas extras, siendo retribuidas a razón de 7'10 euros/hora en el año 2005, 7'29 euros/hora en el año 2006 y 7'41 euros/horas en el año 2007.

Recurrida en suplicación por la parte actora y por la demandada MEVISA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó sentencia el 29 de abril de 2011, recurso número 131/2011 , desestimando los recursos formulados y confirmando la sentencia impugnada. Dicha sentencia, invocando la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007, recurso número 33/2006 y 10 de noviembre de 2009, recurso 42/2008 , entendió que para el cálculo del importe de la hora extra ha de tenerse en cuenta el importe total, en cómputo anual, de las percepciones salariales que obtuvo el actor por la prestación de servicios durante



el tiempo normal de trabajo, por lo que desestima el motivo del recurso de la empresa que interesaba que del cómputo del valor de la hora ordinaria se excluyese el plus nocturno, el de festivos, la compensación económica percibida por trabajar en la noche del 24 al 25 de diciembre y la del 31 de diciembre al 1 de enero, las partidas correspondientes a incentivos y primas, así como el importe del plus de distancia y transporte y mantenimiento de vestuario, incluido en el cálculo de la paga extraordinaria. Respecto al recurso formulado por el trabajador la sentencia razona que en el cálculo del importe de la hora extraordinaria no ha de tenerse en cuenta el plus de vestuario ya que no tiene naturaleza salarial, pues se trata de un suplido.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 22 de septiembre de 2008, recurso número 2083/08, firme en el momento de publicación de la recurrida, tal y como resulta de la certificación expedida por la señora secretaria de dicha Sala.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el recurso ha de ser estimado en parte, en cuanto a que las horas extraordinarias, realizadas han de calcularse a partir del valor de la hora ordinaria, cuando esa hora extra se trabaja en las mismas circunstancias, siendo su valor inferior si el puesto de trabajo no tiene asignados los mismos complementos y siendo su valor superior si el puesto de trabajo tiene asignados más complementos. Entiende que ha de ser desestimado en cuanto a la petición de que se desestime la demanda por no haber acreditado el actor que se le hubiera abonado la hora extraordinaria en cuantía inferior a la que correspondería, ya que se le abonó conforme a la cuantía fijada en el Convenio colectivo.

SEGUNDO .- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral .

En la sentencia de contraste, sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de septiembre de 2008, recurso 2083/08, consta que los actores prestan servicios para Segur Ibérica SA., como vigilantes de seguridad, percibiendo en los años 2005, 2006 y 2007 la retribución que consta en el hecho probado segundo, en la que se incluye sueldo base, antigüedad, peligrosidad fija, peligrosidad variable, plus transporte, plus vestuario, horas nocturnas y horas festivas. Las horas extras realizadas les fueron abonadas a razón de 7'10 euros/hora en el año 2005, 7'29 euros/horas en el año 2006 y 7'41 euros/horas en el año 2007. La sentencia entendió que por retribución de hora ordinaria de trabajo se ha de entender aquella que se fija en función del patrón establecido para la jornada laboral ordinaria, de tal manera que si la jornada tiene una retribución que compensa la concurrencia de circunstancias especiales (caso por ejemplo de trabajo nocturno, en festivo, toxicidad...) el incremento en cuestión solo podrá devengarse cuando concurren dichas circunstancias. Continúa razonando que hay que distinguir las partidas que tienen carácter salarial y las que no la tienen, quedando estas últimas excluidas del importe de las horas ordinarias, como son los pluses de vestuario y transporte. Dentro de las partidas salariales, a su vez, hay que distinguir entre aquellas cuyo devengo es incondicional y las que van vinculadas a las condiciones del trabajador y al trabajo realizado, incluyéndose dentro de las primeras la antigüedad, que es computable, distinguiéndose dentro de las segundas a) la peligrosidad fija, cuyo cómputo no se cuestiona por la empresa, b) la peligrosidad variable que le es reconocida al trabajador por prestar su trabajo con armas y c) el complemento de trabajo en horario nocturno y en festivo que se excluye, porque no hay ningún elemento de prueba que permita entender que las horas extras reclamadas se realizaron en horario nocturno o en día festivo.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues en ambos casos se trata de vigilantes de seguridad -en la recurrida de MEVISA, en la de contraste de SEGUR IBERICA, 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. Los trabajadores alegan que para calcular las mismas ha de partirse del valor de la hora ordinaria de trabajo, en la que se ha de computar plus de transporte y vestuario y complemento por trabajo nocturno y en festivos, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la recurrida solo excluye del cómputo el plus de transporte y vestuario, la de contraste también excluye el plus de trabajo nocturno y festivo.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede entrar a conocer del fondo de la cuestión debatida.

TERCERO .- El recurrente alega que la sentencia recurrida vulnera, por interpretación errónea, el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 35.1 del mismo texto legal, así como por interpretación errónea. la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2007 .



Alega, en esencia, que para el cálculo de la hora ordinaria de trabajo y, subsiguiente aplicación al cálculo de la hora extraordinaria, han de tomarse en cuenta aquellos conceptos que integran el salario ordinario, el salario base, complementos personales de vencimiento superior al mes, de residencia en Ceuta y Melilla, en su caso, a los que deberá adicionarse el complemento de puesto de trabajo que efectivamente se de cuando se realice la hora extraordinaria, todo ello en una interpretación del artículo 26 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores que distingue entre lo que es y lo que no es salario, incluyendo dentro del mismo el salario base, los complementos salariales, las pagas extraordinarias, etc... y excluyendo fundamentalmente como partidas extrasalariales, las indemnizaciones, gastos, suplidos debiendo incorporar el salario base, en cuanto a la determinación del valor de la hora ordinaria, aquellos conceptos consolidables, no funcionales y que no retribuyan un modo específico de realizar el trabajo o su prestación en circunstancias concretas.

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 siguientes: *"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 concorra 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 el recurso interpuesto por la recurrida, se condene a la demandada a abonar a los actores 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 la cantidad consignada hasta que el demandado dé cumplimiento a lo aquí acordado.

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 el Procurador D. Mario Castro Casas, en representación de la Empresa MEDITERRANEA DE VIGILANCIA S.A. (MEVISA), frente a la sentencia dictada el 29 de abril de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en el recurso de suplicación número 131/2011, interpuesto por la parte



actora y por la ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Palma de Mallorca, en autos número 977/08, seguidos a instancia de D. Eugenio contra MEVISA, en reclamación de cantidad. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos en parte el recurso de tal clase interpuesto por MEVISA, 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, 2006 y 2007 y la que le corresponde percibir, calculada en la forma establecida en el fundamento de derecho tercero de esta resolución. Sin costas. Se acuerda que se mantenga el aval prestado hasta que el demandado de cumplimiento a lo acordado en sentencia o hasta que en cumplimiento de la misma se acuerde su ejecución. Se acuerda la devolución del depósito efectuado para recurrir.

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.