

Roj: **STS 5278/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5278**Id Cendoj: **28079140012012100553**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/07/2012**Nº de Recurso: **3550/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **GONZALO MOLINER TAMBORERO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ BAL 743/2011,**  
**STS 5278/2012**

## SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Miguel Perelló Cuart en nombre y representación de TRANSPORTES BLINDADOS, S.A. contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en recurso de suplicación núm. 191/11, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Palma de Mallorca, en autos núm. 608/10, seguidos a instancias de DON Fabio contra TRANSPORTES BLINDADOS, S.A. sobre cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Fabio, representado por la Abogada Doña Livia Martorell Perogordo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Gonzalo Moliner Tamborero**,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de junio de 2010 el Juzgado de lo Social nº 3 de Palma de Mallorca dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " 1º) La parte actora, DNI Nº NUM000, ha venido prestando servicios para la demandada desde el 8-11-1991 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 de 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 la 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 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 pasaran 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 facilitara 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 renovarán 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 1.782,00

Conceptos salariales

Salario Base y Pagas extraordinarias

10.412,88

Antigüedad 1.151,40

Plus de actividad

Plus de trabajo nocturno

498,88

Plus de festivos 536,06

Plus de peligrosidad 1.613,04

Plus de radioscopia 2.459,09

Plus de disponibilidad

Plus de r. de equipo

Plus de escolta

Pagas extraordinarias

3.743,52

Atrasos salariales



TOTAL 20.414,87

Hora por tales conceptos

11,45

*Extrasalariales*

Plus de transporte 902,16

Plus de vestuario 894,36

Dietas

Kilometraje

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

*Año nº de horas extras*

2008 337,97

**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 acto de conciliación."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DON Fabio frente a TRANSPORTES BLINDADOS, S.A. (TRABLISA) sobre cantidad, debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 1.361,76 € por los conceptos de la demanda."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DON Fabio y TRANSPORTES BLINDADOS, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, la cual dictó sentencia en fecha 2 de junio de 2011, en la que consta el siguiente fallo: "Se desestiman los recursos de suplicación interpuestos por las representaciones de D. Fabio y Transportes Blindados, S.A. (TRABLISA), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número 3 de Palma de Mallorca (Baleares), de fecha 30 de junio de 2010, en los autos de juicio nº 608/2010, seguidos en virtud de demanda formulada por D. Fabio, frente a Transportes Blindados, S.A. (TRABLISA) y, en su virtud, se confirma la sentencia recurrida."

**TERCERO.-** Por la representación de TRANSPORTES BLINDADOS, S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 4 de noviembre de 2011, en el que se alega vulneración por interpretación errónea del Artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el Artículo 35.1 del mismo texto legal, así como por interpretación errónea de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2007. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada el 22 de septiembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec.- 2083/08).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 14 de febrero de 2012 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte demandada para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso parcialmente procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de junio de 2012.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** En la demanda que dio origen al presente procedimiento, el demandante, en su condición de vigilante de seguridad reclamó de la empresa Trablisa S.A. el reconocimiento y condena de la misma al pago de diferencias salariales por el concepto de horas extraordinarias durante el año 2008 sobre la base de que realizó un montante concreto de horas extraordinarias no discutido. En su cálculo para reclamar esa cantidad por horas extraordinarias incluyó en su demanda como conceptos salariales a tener en cuenta para el cálculo del valor de la hora extraordinaria todos los conceptos salariales por él percibidos integrados por el salario base, prorrateo de pagas extras, "pluses de nocturnidad, festividad, peligrosidad y radioscopia"; que salvo el salario base y la antigüedad no habían sido computados por la empresa para el pago de las horas extraordinarias reclamadas, así como cantidades por los conceptos de plus vestuario y plus transporte. La empresa se opuso alegando que no procedía incluir dentro del cómputo los conceptos salariales relativos a vestuario y transporte por no ser conceptos salariales, ni tampoco los demás conceptos reclamados.



2.- En tal situación, la sentencia de instancia estimando en parte la demanda le reconoció el derecho a percibir las horas extraordinarias según lo por él reclamado salvo los conceptos de plus vestuario y plus de transporte por considerar que no eran conceptos salariales reconociéndole el derecho a percibir las diferencias por él reclamadas con esta reducción para dejar la cantidad que el demandante reclamaba en la cantidad inferior de 1.361,76 euros, y en la suplicación se desestimó el recurso de la empresa por considerar que estaba bien calculado el valor de la hora extraordinaria con la inclusión de todos los conceptos reclamados, sobre el argumento básico y único de que así había de interpretarse la sentencia de conflicto colectivo dictada por esta Sala en 21 de febrero de 2007 que anuló el art. 42.2 del Convenio Colectivo del sector.

3.- La empresa recurrente ha mantenido en el presente recurso su tesis original de exclusión del cómputo de la hora ordinaria los complementos extrasalariales y salariales antedichos, aportando como sentencia de contraste para defender su tesis la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2008 (rec.- 2083/08 ) en la cual, contemplando la reclamación por horas extraordinarias realizadas por dos vigilantes de seguridad al servicio de otra empresa dedicada a la misma actividad en cuya reclamación incluían plus de vestuario y plus de transporte, a la vez que complementos de peligrosidad y nocturnidad, sin haber acreditado la realización de horas de trabajo extraordinarias en trabajos peligrosos o nocturnos, llegó a la conclusión de que la demanda debía desestimarse por considerar que el plus de transporte y el de vestuario no podían incluirse en el cómputo de la hora ordinaria por no tener la condición de complementos salariales y respecto del resto por no haberse acreditado la realización de ninguna hora extraordinaria con dicho carácter.

**SEGUNDO.- 1.-** La recurrente denuncia como infringidos por mal interpretados por la sentencia recurrida los artículos 26.1 y 35 del Estatuto de los Trabajadores así como la sentencia de 21 de febrero de 2007 dictada por esta Sala en la impugnación que se hizo del art. 42 del Convenio del Sector en su definición de lo que había de considerarse hora extraordinaria. En efecto, en su recurso parte de la base de que nuestra sentencia de 2007 estableció un criterio interpretativo general, que fue específicamente concretado en el Auto de aclaración dictado en 28 de marzo de 2007 en relación con dicha sentencia en el que ya se dijo que la misma no podía comprender, por su carácter de pronunciamiento colectivo y abstracto, "disquisiciones sobre la cuantificación del salario base y de los salarios complementarios que integran la estructura salarial, lo que en su caso sería objeto (decía) de conocimiento de un posterior proceso de reclamación de cantidades por diferencias en el pago de horas extraordinarias..." en el que ahora nos encontramos.

Dicha recurrente, en su escrito de interposición del recurso sostiene, como ya sostuvo en la instancia, por una parte que, siendo cierto que conforme a las previsiones del art. 26 del Estatuto de los Trabajadores forman parte del salario no solo el salario base sino todos los complementos salariales que puedan preverse en un Convenio colectivo y por lo tanto todos ellos integran el concepto de lo que es una hora ordinaria con exclusión de los conceptos extrasalariales, y por otra que siendo cierto igualmente, por disposición de derecho necesario del art. 35 del propio Estatuto, que el valor de la hora extraordinaria no puede ser inferior al de la hora ordinaria, no es menos cierto que aquellos complementos que estén fijados para retribuir una específica situación o condición de trabajo habrán de integrar el pago de la hora extraordinaria celebrada en tal situación o condición pero no las horas extraordinarias trabajadas al margen de dichas circunstancias excepcionales concretas. Siendo en tal sentido como entiende que debe resolverse el presente procedimiento para desestimar las pretensiones de los actores que en su valoración de las horas extraordinarias reclamadas incluían no solo conceptos extrasalariales sino la inclusión de los complementos de nocturnidad, festividad y análogos sin haber acreditado que las horas extraordinarias reclamadas se hubieran prestado en las circunstancias concretas para las que está previsto el abono del complemento en cuestión.

2.- La censura jurídica de la empresa debe prosperar en parte, pues así resulta de la doctrina unificada de esta Sala dictada sobre esta misma cuestión en diversas sentencias entre las que pueden citarse las de 1 de marzo de 2012 (rcud.- 4478/2010 ), 1 de marzo de 2012 (rcud.- 1881/2011 ), 20 de marzo de 2012 (rcud.- 2671/2011 ) o 24 de abril de 2012 (rcud.- 2722/2011 ) entre otras muchas dictadas en el mismo sentido cuya doctrina, que con mayor extensión se reproduce en dichas sentencias y a la que en consecuencia nos remitimos, puede resumirse como se recoge en la última de las sentencias citadas, como sigue:

1) Que, conforme a la doctrina de nuestra repetida sentencia de conflicto colectivo de 21/2/07 (Rc 33/06 ), "la hora ordinaria no se satisface únicamente con el salario base sino también con todos los componentes salariales que integran el salario ordinario".

2) Que, tal como se hizo en la sentencia que sirve de contraste es necesario distinguir entre lo que se dijo en la sentencia de conflicto colectivo con carácter general y abstracto y lo que procedía decir en aplicación de la misma, y de los preceptos estatutarios, al caso concreto planteado. Siendo esta segunda interpretación la que procede mantener, como igualmente ha hecho el Ministerio Fiscal en su informe. En efecto, una cosa es que se diga con carácter general que en el cálculo de la hora ordinaria deban incluirse "todos" los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que "todas



las horas extraordinarias", y algunas en concreto deban abonarse en todo caso con repercusión de todos los complementos, o, lo que es lo mismo, que lo que se dijo con carácter general para las "horas extraordinarias en general" no puede aplicarse a algunas horas extraordinarias "en particular".

3) Que si se parte de la base de que complementos como los denominados "plus de peligrosidad, de nocturnidad o de festivos" vienen calificados en el art. 69 del Convenio como "complementos de puesto de trabajo" de forma que su devengo se produce exclusivamente cuando se trabaja en aquellas concretas situaciones es lógico y congruente que se perciban en las horas extraordinarias trabajadas de noche, en festivos, etc., pero no es aceptable, porque eso iría en contra de lo expresamente establecido por la norma convenida, que se solicite cuando no se preste el trabajo en tal situación. Por lo tanto, el trabajador demandante tendría derecho a percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante correspondiente a dicho complemento la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.), pero no podría aceptarse que la reclamara como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran cualesquiera de tales circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria.

**3.-** A partir de esta realidad, la interpretación que se hizo de lo dicho en nuestras sentencias de 2007 y 2009 por la recurrida no puede ser aceptada por cuanto lo que se dijo con carácter general, aplicable a lo que podrían ser consideradas horas extraordinarias de factura ordinaria, no puede ser extrapolable, en un buen entendimiento de nuestra normativa jurídica, a las horas extraordinarias trabajadas en circunstancias especiales. Siendo adecuada a lo que se dijo y se quiso decir la interpretación y aplicación que de la misma sentencia hizo la sentencia de contraste de la Sala de lo Social de Madrid.

**TERCERO.-** Sentado el criterio a seguir para el cálculo de las horas extraordinarias realmente realizadas por el demandante y resultando de lo actuado que, aunque los actores no tienen derecho a percibir la cantidad reclamada, tampoco la empresa les 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 contra la sentencia 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. Sin costas.

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

## FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de TRANSPORTES BLINDADOS, S.A. contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en recurso de suplicación núm. 191/11. Casamos y anulamos la sentencia recurrida por no estar acomodada a derecho, y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos en parte la demanda formulada por el actor, condenando a la entidad demandada a abonarle la cantidad correspondiente a la diferencia entre las horas extra realizadas por el período reclamado y la que le correspondió percibir, calculada en la forma establecida en la presente resolución. Sin costas y con devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir y con respecto de la cantidad consignada estése a lo indicado en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

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. Gonzalo Moliner Tamborero hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.