



Roj: **STS 1505/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1505**

Id Cendoj: **28079140012012100077**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/02/2012**

Nº de Recurso: **2395/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2294/2011,**  
**STS 1505/2012**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**SENTENCIA:**

**Presidente Excmo. Sr. D. : Gonzalo Moliner Tamborero**

**Fecha Sentencia:** 07/02/2012

**Recurso Num.:** UNIFICACIÓN DOCTRINA 2395/2011

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimatoria

**Votación:** 01/02/2012

**Procedencia:** T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

**Ponente Excmo. Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga**

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

**Reproducido por:** llp

**Nota:**

**VIGILANTES DE SEGURIDAD EMPRESA SEGUR IBERICA, S.A. CALCULO DEL VALOR DE LA HORA EXTRAORDINARIA. NO PUEDE SER INFERIOR A LA HORA ORDINARIA REALIZADA EN LAS MISMAS CONDICIONES: NO INCLUYE PLUS DE PELIGROSIDAD VARIABLE, NI DE NOCTURNIDAD, NI DE TRABAJO EN FINES DE SEMANA Y FESTIVOS.**

**Recurso Num.:** UNIFICACIÓN DOCTRINA / 2395/2011

**Ponente Excmo. Sra. D.<sup>a</sup>: María Luisa Segoviano Astaburuaga**

**Votación:** 01/02/2012

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

**SENTENCIA NUM.:**

**TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL**

**Excmos. Sres.:**

**D. Gonzalo Moliner Tamborero**



**D. Luis Fernando de Castro Fernández**

**D. José Luis Gilolmo López**

**D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga**

**D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol**

En la Villa de Madrid, a siete de Febrero de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Resalía Jarabo Sancho, en nombre y representación de SEGUR IBERICA, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 10 de junio de 2011, recaída en el recurso de suplicación nº 491/2011, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, dictada el 26 de octubre de 2010, en los autos de juicio nº 285/2008, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Darío, contra SEGUR IBERICA, S.A., sobre CANTIDAD.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de octubre 2010, el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: " Que debo estimar y estimo en parte la demanda presentada por Darío frente a SEGUR IBÉRICA S.A, a la que debo condenar y condeno al pago de 992,2€ en concepto de diferencia en la retribución de las horas extraordinarias trabajadas en el periodo enero de 2005 a diciembre de 2007. Esa cantidad devenga el interés anual del 10% desde el 29 de febrero de 2008 hasta el completo pago."

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **1º** .- Darío presta servicios de vigilante se seguridad desde el 27 de agosto de 1988. En el periodo enero de 2005 a diciembre de 2007 lo hizo por cuenta de la empresa SEGUR IBÉRICA S.A, bajo la aplicación del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad 2005-2008. **2º** .- En ese periodo recibió retribuciones por salario base, complemento personal antigüedad, complemento de peligrosidad, de nocturnidad, fin de semana y festivo, suplidos de transporte y vestuario, gratificación de verano y de Navidad, beneficios y horas extraordinarias. Recibió también subsidio por incapacidad temporal y complemento al mismo. **3º** .- En el año 2005 realizó 246,5 horas extraordinarias y recibió como retribución total por ello 1.750,15 €, calculados sobre 7,1€ la hora extraordinaria. En el año 2006 trabajó un total de 9,95 horas extraordinarias y recibió 71,43 €, calculados sobre 7,10 y 7,29€ la hora extraordinaria. En el año 2007 trabajó 129,79 horas extraordinarias y recibió por ello 961,64 €, calculados sobre 7,41 € la hora extraordinaria. **4º** .- En el año 2005 trabajó permaneció en situación de alta 322 días y recibió retribución total de 17.490,53€, incluida la parte correspondiente a horas extraordinarias. En el año 2006, fueron 19 los días en situación de alta y la retribución ascendió a 1.046,15€, incluida la de horas extraordinarias. En el año 2007 el número de días en alta fue de 254 y la retribución ascendió a 12.535,19€, incluidas horas extraordinarias. **5º** .- La jornada anual, según Convenio, en los años 2005 y 2006 ascendía a 1.788 horas y en 2007 a 1.782 horas. **6º** .- El valor de la hora extraordinaria en el año 2005 para el Sr. Darío ascendía a 9,98€; en el año 2006 a 10,47€, y en el año 2007 a 9,33€. El importe de lo devengado en el año 2005 por horas extraordinarias asciende a 2.459,81€ en el año 2005, de los que la empresa abonó 1.750,15€. En el año 2006 lo devengado ascendía a 104,20€ y la empresa abonó 71,43€. El año 2007 lo devengado ascendía a 1.211,40€ y la empresa abonó 961,64€. **7º** .- El trabajador presentó papeleta de conciliación en el UMAC el 29 de febrero de 2008, en reclamación de 2.900,13€, en concepto de diferencia retributiva en las horas extraordinarias. Se celebró la conciliación el 13 de marzo de 2008, sin avenencia y con anuncio de reconversión por parte de la conciliada, que reclamaba al trabajador 3.246,45€ del periodo 2005-2007, a consecuencia de la ruptura del equilibrio económico del Convenio Colectivo tras la Sentencia del TS de 21 de febrero de 2007. **8º** .- En la Audiencia Nacional se tramita el procedimiento de Conflicto Colectivo nº 171/2007 iniciado a instancia de la patronal del sector de empresas de Seguridad, que solicita se dejen sin efecto las cláusulas económicas del Convenio Colectivo 2005-2008 desde el 31 de diciembre de 2004, al entender que con la anulación del art. 42 por sentencia del TS se producía un desequilibrio económico y contractual en el Convenio. La controversia está resuelta en sentencia que no ha ganado firmeza que, desestimando la demanda, declara que la nulidad declarada del art. 42 del Convenio no produce desequilibrio en el mismo, al quedar corregida con la aplicación de las normas de derecho necesario. **9º** .- En la Audiencia Nacional se tramita el procedimiento de Conflicto Colectivo nº 226/2008, por demandada que presenta el 26 de diciembre de 2009 la Asociación Profesional de Empresas de Seguridad Privada, que denuncia la ruptura del equilibrio económico del Convenio Colectivo por la declaración de nulidad del art. 42, que les perjudica por el incremento del coste sobre lo en su día pactado en el contexto de la negociación colectiva, en lo relativo a las cláusulas económicas del mismo y dada la necesidad de estar a las condiciones económicas existentes con anterioridad. Pronunciamientos que solicita



de la sentencia. El procedimiento se encuentra en archivo provisional desde el mes de marzo de 2009. 10º .- La cuestión debatida en este proceso afecta a gran número de trabajadores."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, el letrado de SEGUR IBERICA, SA., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia en fecha 10 de junio de 2011, en la que consta el siguiente fallo: "Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la empresa SEGUR IBÉRICA S.A. frente a la sentencia dictada el 26 de octubre de 2010 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, en el proceso sustanciado a instancias de Darío, contra la ahora recurrente, revocamos en parte de la sentencia de instancia. Declaramos que la deuda a cuyo pago se condenó a la empresa SEGUR IBÉRICA, en concepto de diferencias en la cuantía de las horas extras del periodo comprendido entre enero de 2005 a diciembre de 2007, asciende a 626,07 € y la absolvemos de la pretensión accesoria sobre el pago de los intereses moratorios regulados en el art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores. Dese al depósito efectuado para recurrir el destino que ordena la Ley."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la procuradora D<sup>a</sup> Resalía Jarabo Sancho, en nombre de SEGUR IBERICA, SA 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 no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar parcialmente procedente el recurso formulado.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 1 de febrero de 2012, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** El Juzgado de lo Social numero 3 de los de Gijón dictó sentencia el 26 de octubre de 2010, autos 285/08, estimando en parte la demanda formulada por D. Darío frente a Segur Ibérica S.A., condenando a la demandada al pago de 992'2 euros, en concepto de diferencia en la retribución de las horas extraordinarias trabajadas en el periodo de enero de 2005 a diciembre de 2007, devengando dicha cantidad el interés anual del 10% desde el 29 de febrero de 2008 hasta el completo pago. Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor presta servicios de vigilante de seguridad, habiendo prestado dichos servicios en el periodo de enero de 2005 a diciembre de 2007 por cuenta de la demandada Segur Ibérica SA., resultando de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad 2005-2008. En ese periodo recibió retribuciones por salario base, complemento personal de antigüedad, complemento de peligrosidad, de nocturnidad, fin de semana y festivo, suplidos de transporte y vestuario, gratificación de verano, Navidad, beneficios y horas extraordinarias. En el año 2005 realizó 246'5 horas extraordinarias, que le fueron abonadas a razón de 7'1 euros/hora, en total 1.750'15 euros. En el año 2006 trabajó un total de 9'95 horas extraordinarias que le fueron abonadas a 7'10 y 7'20/hora, en total 71'43 euros. En el año 2007 realizó 129'79 horas extraordinarias, que le fueron retribuidas a razón de 7'41 euros/hora, en total 961'64 euros.- En el año 2005 permaneció en alta 322 días y recibió retribución total de 17.490'53 euros, incluida la parte correspondiente a las horas extraordinarias. En el año 2006 fueron 19 los días en situación de alta y la retribución ascendió a 1.046'15 euros, incluida la correspondiente a horas extraordinarias. En el año 2007 el número de días en alta fue de 254 y la retribución ascendió a 12.535'19 euros, incluidas horas extraordinarias. La jornada anual, según convenio, en los años 2005 y 2006 ascendía a 1788 horas y en 2007 a 1782 horas.

Recurrida en suplicación por la demandada Segur Ibérica S.A., la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia el 10 de junio de 2011, recurso 491/11, estimando en parte el recurso formulado, condenando a la demandada al pago de 626'07 euros por diferencias en las horas extraordinarias de enero de 2005 a diciembre de 2007. La sentencia, invocando las sentencias de esta Sala de 21 de febrero de 2007, recurso 33/2006 y 10 de noviembre de 2009, recurso 42/2008, entendió que para el cálculo del importe de la hora extra no han de tenerse en cuenta las cantidades percibidas en concepto de plus de transporte y de vestuario, por tener naturaleza extrasalarial, debiendo computar el "plus de peligrosidad consolidado", el "resto de peligrosidad prorrateada" y los pluses de trabajo nocturno, fin de semana y festivos, razonando que "el cálculo del valor hora ordinaria debe ser una fórmula por así decirlo teórica, que consiste en tener en cuenta lo que correspondería percibir al trabajador si prestara servicios durante todo el año, dadas las circunstancias de categoría profesional, antigüedad, puesto etc... para dividir ese total computable entre el número de horas efectivas anuales que establece el convenio o, en su defecto, del que se obtenga del calendario laboral".



Contra dicha sentencia se interpuso por la demanda 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 numero 2083/08 , firme en el momento de publicación de la recurrida, tal como resulta de la certificación extendida por el señor secretario de dicha Sala.

El recurrido no se ha personado, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el recurso ha de ser parcialmente estimado.

**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 horas 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) 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 de la empresa Segur Ibérica SA., que han realizado horas extras durante los años 2005, 2006 y 2007 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 la misma ha de partirse del valor de la hora ordinaria de trabajo, en la que se ha de computar plus de transporte y vestuario, peligrosidad fija, peligrosidad variable y complemento por trabajo nocturno y en festivos, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la recurrida solo excluye del computo 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 el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 69 g ) y h) del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad , que regula los complementos de puesto de trabajo.

Alega, en esencia, que para el cálculo de la hora ordinaria de trabajo y subsiguiente aplicación al cálculo del importe a la hora extraordinaria, la sentencia de suplicación divide el total de las cantidades percibidas de la empresa a lo largo del año - excluyendo los pluses de transporte y vestuario- por la jornada laboral fijada en convenio de 1788 horas anuales para los años 2005 y 2006 y 1782 para el año 2007, incluyendo el cómputo de hora nocturna y el de fin de semana y festivo, así como el plus de peligrosidad variable, lo que contraviene lo establecido en el artículo 69 a) apartado 3, g ) y h) del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad .

Alega que en el cálculo del importe de las horas extras, si se han realizado en fin de semana o festivo, se ha incluido el plus correspondiente a dichas circunstancias.

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 aquella, 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.

**QUINTO** .- Sentado el valor que corresponde a la hora extraordinaria se plantea una cuestión cual es que, si bien no procede reconocer en su integridad el importe reclamado por el actor en concepto de horas extras -por haber incluido en su cálculo los conceptos antes señalados de plus de trabajo nocturno, de fin de semana y festivos, y de peligrosidad variable- si procede incluir en el cálculo otros conceptos como prorrata de pagas extras, antigüedad y peligrosidad consolidada en el año 2007, habiendo procedido la recurrente a reconocer, en concepto de diferencias por horas extras, la cantidad de 213'53 euros. La Sala no puede estimar que dicha cantidad sea la que efectivamente corresponde a los conceptos reclamados ya que el actor no ha tenido conocimiento ni, por tanto, ha podido ser oído, acerca de este extremo, sin que del examen de la demanda se pueda establecer el citado importe pues, ni en la misma, ni en momento alguno a lo largo del proceso, aparece desglosada la repercusión concreta de cada uno de estos conceptos en el importe de los horas extras.

Por todo lo razonado procede estimar en parte el recurso formulado y condenar a la demandada Segur Ibérica S.A. a que abone las horas extras realizadas por el actor durante los años 2005 a 2007, que aparecen recogidas en el ordinal tercero del relato de hechos probados de esta sentencia, calculadas en la forma establecida en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución.

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 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 frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, en el procedimiento 285/08, seguido a instancia de D. Darío contra dicho recurrente 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, estimando, en consecuencia, en parte la demanda formulada, condenado 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 esta resolución. Sin costas. Se acuerda que se mantenga la cantidad consignada hasta que el demandado dé cumplimiento a lo acordado en la sentencia, procediendo en ese momento a la devolución de la diferencia entre la cantidad consignada y la adeudada.



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 la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> 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