

Roj: **STS 2101/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2101**Id Cendoj: **28079140012012100140**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/02/2012**Nº de Recurso: **2420/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ BAL 449/2011,**  
**STS 2101/2012**

## SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Miguel Perelló Cuart, en nombre y representación de la empresa TRANSPORTES BLINDADOS, S.A., contra la sentencia de 5 de abril de 2.011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en el recurso de suplicación núm. 148/2011, formulado frente a la sentencia de 30 de junio de 2.010 dictada en autos 28/2010 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca seguidos a instancia de D. Norberto contra Transportes Blindados, S.A. (TRABLISA) sobre cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D. Norberto representada por el Letrado D. Juan Calatayud Llorca.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de junio de 2.010, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Que estimando en parte la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DON Norberto frente a TRANSPORTES BLINDADOS, S.A. (TRABLISA), sobre CANTIDAD, debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 407,44 €, por los conceptos de la demanda, correspondientes a diferencias horas extras de 2008 y los 3 primeros meses de 2009>>.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << **1º.-** La parte actora, DNI N° NUM000, ha venido prestando servicios para la demandada desde el 1-7-2001 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 pro 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 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 1.485,00 1.782,00

Conceptos :

Salariales

Salario base 8.677,40 10.412,88

Antigüedad 350,30 420,36

Plus de actividad

Plus de trabajo nocturno

Plus de festivos

Plus de peligrosidad 266,45 391,76

Plus de radioscopia 245,30 294,60

Plus de disponibilidad

Plus de r. de equipo



Plus de escolta

Pagas extraordinarias 2.613,68 3.157,44

Atrasos salariales 5,20 14,40

TOTAL 12.158,33 14.724,44

Hora por tales conceptos 8,18 8,26

*Extrasalariales*

Plus de transporte 751,80 902,16

Plus de vestuario 745,30 894,26

Dietas

Kilometraje

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

*Añonº de horas extras*

2008 317,20

2009 192,00 (3 primeros meses de 2009)

**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>> .

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, dictó sentencia con fecha 5 de abril de 2.011 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<SE DESESTIMAN los recursos de suplicación interpuestos por las representaciones procesales de D. Norberto y la empresa Transportes Blindados S.A., contra la sentencia dictada por la Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Social núm. Tres de Palma de Mallorca, seguidos en autos nº 28/2010 de fecha treinta de junio de dos mil diez, en virtud de demanda en reclamación de cantidad promovido por dicho recurrente y, en su consecuencia, SE CONFIRMA la sentencia recurrida, condenando en costas a la empresa recurrente, limitadas al abono de los honorarios del letrado de la actora que se fijan en 100 euros>>.

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Transportes Blindados, S.A. el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 22 de julio de 2.011, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22 de septiembre de 2.008 así como la interpretación errónea del art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 35.1 del mismo texto legal .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2.011, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO.-** Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso parcialmente procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 23 de febrero de 2.012, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar cuál ha de ser el valor de la hora ordinaria de trabajo a efectos de retribuir las extraordinarias realizadas por el trabajador demandante, vigilante de seguridad, en el ámbito del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad vigente para los años 2.005-2.008.

El Art. 41 del referido Convenio Colectivo establece que "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 ...".

Por otra parte, la estructura salarial que prevé el Convenio en su artículo 66 es la siguiente: "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."*

El demandante realizó en el año 2.008, 317,20 horas extraordinarias y en el 2.009, 192, en los tres primeros meses del año, retribuyéndolas la empresa a razón de 7,41 euros la hora, sin incluir en el valor del cálculo de la hora ordinaria ninguno de los complementos de nocturnidad, peligrosidad o festivos nada más que cuando realmente se llevaban a cabo las horas extras bajo esas condiciones.

Planteó demanda reclamando el pago de la cantidad de 563,05 euros correspondiente a la diferencia en el precio del valor de la hora ordinaria de trabajo -y por tanto de la extraordinaria- en la que se incluirían todos los complementos abonados en cómputo anual más el plus de transporte y de mantenimiento de vestuario.

El Juzgado de lo Social número 3 de los de Palma de Mallorca, en sentencia de 30 de junio de 2.010 estimó la demanda en parte, excluyendo del cálculo del valor de la hora ordinaria únicamente el plus de transporte y el plus de vestuario, por considerarlos de naturaleza extrasalarial.

Recurrida en suplicación tanto por la empresa como por el trabajador, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en la sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, desestimó ambos recurso y confirmó la decisión de instancia.

Para llegar a tal conclusión la sentencia razona a partir de las SSTs de 21 de febrero de 2.007 (recurso 33/2006) y 10 de noviembre de 2.009 (recurso 42/2008) y concluye en que la hora extraordinaria nunca podrá remunerarse por debajo de la hora de jornada ordinaria, "... a cuyo efecto habrá de averiguarse el valor de esta última tomando como base la cuantía del salario unitario, total y anual ...", incluyéndose en él la totalidad de los complementos discutidos, con independencia de si las horas extraordinarias se realizaron en condiciones que comportasen la realización del trabajo en nocturnidad, festivo o peligrosidad.

**SEGUNDO.-** Recurre ahora la empresa frente a esa decisión en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción de los artículos 26.1 y 35.1 del Estatuto de los Trabajadores y la doctrina contenida en la STS de 21 de febrero de 2.007 (recurso 33/2006), proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 22 de septiembre de 2.008, aportada como contradictoria también en múltiples recursos resueltos ya por esta Sala, en los que se ha aceptado que en la misma se contiene una doctrina totalmente contrapuesta con la de la sentencia recurrida.

Esta sentencia de contraste, en un supuesto sustancialmente igual, ha interpretado el pasaje controvertido del artículo 35.1 ET y nuestra sentencia de 21-7-2007 de distinta manera. Viene a decir la Sala de suplicación de Madrid que el valor mínimo de la hora extraordinaria de trabajo fijado en el precepto legal ha de estar "en función del patrón establecido para la jornada laboral ordinaria, de manera que si tal jornada tiene una retribución que compensa la concurrencia de circunstancias especiales (caso, por ejemplo, de trabajo nocturno, en festivo, toxicidad, etcétera) el complemento en cuestión solo podrá devengarse cuando concurren dichas circunstancias"; y "al contrario", si las mismas "no están presentes durante la ejecución de las horas extras, éstas no se compensarán con tales pluses".

Parece evidente la contradicción de las sentencias comparadas por lo que corresponde resolver el fondo del asunto. En el caso controvertido, la deuda reclamada a la empresa por diferencias en horas extraordinarias es inferior a la cuantía mínima para el acceso al recurso de suplicación y luego al de unificación de doctrina, pero nos encontramos, a la vista de la muy abundante litigiosidad que la cuestión ha suscitado, ante un supuesto de afectación general o masiva en el que excepcionalmente son procedentes tales vías de recurso, en aplicación del artículo 189.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, aplicable al caso por razones cronológicas, a la vista de las normas transitorias de la Ley 36/2011.

**TERCERO.-** Como se viene diciendo en múltiples sentencias dictadas por esta Sala en asuntos en los que se discute la misma cuestión jurídica, la solución con arreglo a derecho de la cuestión controvertida es, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la contenida en la sentencia de contraste, que es la que interpretado correctamente el alcance de la nuestra sentencia colectiva de 21-7-2007.

El razonamiento que conduce a esta conclusión parte de la base, que oportunamente trae a colación la repetidamente citada STS 21-7-2007, de que el artículo 26.1 ET concibe el salario como contraprestación económica a cargo del empleador "por la prestación profesional de los servicios laborales" en retribución del "trabajo efectivo". Ciertamente, este carácter sinalagmático del salario admite en la ley algunas excepciones, pero se trata en cualquier caso de uno de los principios o criterios inspiradores del régimen jurídico de la remuneración del trabajo por cuenta ajena. Así las cosas, cuando nos encontramos ante lo que la doctrina, la



legislación histórica y muchos convenios colectivos (entre ellos, el de empresas de seguridad) han llamado o llaman "complementos de puesto de trabajo", cuyo devengo se produce exclusivamente al trabajar en situaciones o circunstancias particulares, la inclusión de los mismos en el cálculo del valor de las horas extraordinarias sólo corresponde si se dan en la prestación de trabajo en horas extras las circunstancias particulares que justifican su atribución.

A lo anterior hay que añadir que, de acuerdo con la regulación general de la carga de la prueba, es el trabajador que reclama la inclusión en el cálculo de estos complementos circunstanciales el que ha de acreditar la concurrencia efectiva de dichas circunstancias; así lo ha venido entendiendo esta Sala de Casación, últimamente en STS 19-10-2011 (rcud 33/2011). Por lo que, a la vista de que el demandante no ha probado que las horas extraordinarias reclamadas se realizaran de noche, o utilizando radioscopia portuaria, o en día festivo, ha de llegarse a la conclusión de que dichos conceptos salariales no son computables en la diferencia de horas extras objeto del litigio.

**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 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 TRANSPORTES BLINDADOS, S.A. (TRABLISA), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 5 de abril de 2.011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en el recurso de suplicación núm. 148/2011, formulado frente a la sentencia de 30 de junio de 2.010 dictada en autos 28/2010 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca seguidos a instancia de D. Norberto contra Transportes Blindados, S.A. (TRABLISA) sobre CALCULO DE LA HORA EXTRAORDINARIA. 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.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Gullon Rodriguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.