



Roj: **STS 3665/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3665**

Id Cendoj: **28079140012012100291**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/04/2012**

Nº de Recurso: **942/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 1601/2010,**
STS 3665/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Abril 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 Letrado D. Miguel Perelló Cuart, en nombre y representación de TRANSPORTES BLINDADOS, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Baleares, de fecha 30 de septiembre de 2010, recaída en el recurso de suplicación nº 339/2010, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza, dictada el 13 de abril de 2010, en los autos de juicio nº 123/2008, iniciados en virtud de demanda presentada por D^a María Cristina, contra Transportes Blindados, S.A., sobre Reclamación cantidad.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Rosa María Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de abril de 2010, el Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a María Cristina contra Trablisa Transportes Blindados SA, debo condenar y condeno a la citada demandada al abono a la actora de la cantidad de 529,97 euros."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- D. María Cristina, mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000, ha venido prestando sus servicios para la empresa Trablisa Transportes Blindados SA desde el 1 de abril de 2006, con carácter fijo y categoría profesional de vigilante de seguridad, con retribución compuesta por salario base, plus Baleares, prorrata de pagas extra, plus peligrosidad, nocturnidad, festivos, radioscopia o escáner, plus de vestuario y plus de transporte, conforme al detalle que se contiene en los dos cuadros impresos en los dos últimos folios de la inducta presentada por la parte demandada, cuadros cuyo contenido se da aquí por reproducido en lo que se refiere a salario anual percibido y horas extraordinarias realizadas, así como las cantidades y conceptos remunerados; SEGUNDO.- El trabajador, descontados los conceptos de plus y transporte y de mantenimiento de vestuario, percibió en el año 2006 una retribución anual total de la jornada ordinaria de 10.477,93 euros y de 15.203,51 euros en el año 2007. En el año 2006 realizó una jornada de 1.336,50 horas y de 1.762,20 horas en el año 2007; TERCERO.- La hora extraordinaria debió abonarse en el año 2006 a 7,8 euros y en el año 2007 a 8,62 euros, haciéndose en cambio por la empresa a las cantidades fijas en el convenio de, respectivamente 7,29 euros y 7,41 euros. La empresa adeuda al trabajador un total de 529,27 euros resultantes de la referida diferencia (88,72 euros en el año 2006 y 448,55 en el año 2007); CUARTO.- Por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de febrero de 2007 se declaró la nulidad de los artículos 42.1 a) y b) y 42.2 del Convenio Colectivo estatal de Empresas de



Seguridad; QUINTO.- Se interpuso demanda de conflicto colectivo para instar la nulidad del convenio colectivo por vinculación a la totalidad, desestimada por resolución de la AN de fecha 5 de marzo de 2010; SEXTO.- La parte actora ha intentado la preceptiva conciliación ante la Delegación de Ibiza del TAMIB, sin avenencia. En el referido acto la parte hoy demandada formuló reconvencción por la ruptura del equilibrio interno y de la norma pactada."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el Letrado de Transportes Blindados, S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Baleares, dictó sentencia en fecha 30 de septiembre de 2010, en la que consta el siguiente fallo:

"SE DESESTIMA el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de Transportes Blindados S.A. (TRABLISA), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Uno de Ibiza/Eivissa, de fecha trece de abril de dos mil diez, en los autos de juicio nº 123/08 seguidos en virtud de demanda formulada por la citada parte recurrente, frente a D^a María Cristina 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, la representación letrada de la empresa TRANSPORTES BLINDADOS, S.A. (TRABLISA), 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 de Madrid, de fecha 22 de septiembre de 2008 (rec. suplicación 2083/08).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, el cual emitió el preceptivo informe.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 29 de marzo de 2012, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En la demanda que dio inicio al presente procedimiento el demandante, con la categoría de vigilante de seguridad de la empresa Trablisa S.A., reclamó el reconocimiento y condena a la empresa por diferencias salariales correspondientes al abono de las horas extraordinarias por él realizadas durante los años 2006 y 2007, sobre la base de que realizó un montante concreto de horas extraordinarias no discutidas. En su cálculo para reclamar esa cantidad por horas extraordinarias, incluye como conceptos salariales a tener en cuenta para el cálculo de la hora ordinaria a tener en cuenta para establecer el valor de la hora extraordinaria todos los conceptos salariales incluidos los pluses de distancia y transporte, y el plus de vestuario así como los pluses de peligrosidad, nocturnidad, festivos y radioscopia. Por su parte la empresa defendió como adecuada a derecho su tesis de que del cálculo de la hora ordinaria debían excluirse los pluses de distancia, transporte y vestuario por ser conceptos extrasalariales y estimar que los pluses sobre los que el actor salvo los de antigüedad, pagas extras, incentivos y primas, fundaba su pretensión no habrían de incluirse en el precio de la hora ordinaria salvo para el supuesto en que hubiera que abonar una hora extraordinaria trabajada con el carácter de nocturna, o festiva por cuanto se trata de pluses que retribuyen de forma específica el trabajo realizado, alegando que el actor no había demostrado haber trabajado ninguna hora extraordinaria con dicha condición.

2.- La sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social de Ibiza estimó parcialmente la demanda y dio lugar en parte a la misma sobre la base de excluir del cálculo del valor de la hora ordinaria los conceptos de plus de transporte y plus de vestuario por considerarlos de naturaleza extrasalarial, pero incluyendo en el cálculo el resto de los pluses por considerarlos de naturaleza salarial y por ello computables para el cálculo de la hora ordinaria, reconociendo a favor del actor un crédito de 529,97 euros por las diferencias reclamadas. Habiendo recurrido la empresa dicha sentencia y desestimado su recurso por sentencia del TSJ de Baleares de 30 de septiembre de 2010 (rec.- 339/10), que es la que ahora se recurre.

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.- 645/2008) 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.



4.- La contradicción entre ambas sentencias es patente puesto que resolvieron de forma claramente contradictoria dos pretensiones de la misma naturaleza, fundadas en los mismos argumentos y con la misma finalidad de obtener un pronunciamiento sobre conceptos que habían de incluirse en el cálculo de las pagas extraordinarias, habiendo llegado en ambos casos a pronunciamientos distintos en la interpretación de una misma normativa y de un mismo Convenio Colectivo, por lo que procede entrar en la solución de la cuestión de fondo planteada por concurrir las exigencias del art. 217 de la LPL de 1995, rectora de este procedimiento y del recurso; dándose la circunstancia añadida de que en ambas sentencias se aplica, interpretándola de distinta manera, la doctrina de esta Sala contenida en la STS de 21 de febrero de 2007 (rco.- 33/2006) que declaró la nulidad del apartado 1 a) del art. 42 Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad en el que fijaba el valor de la hora extraordinaria con carácter general.

SEGUNDO.- 1.- La empresa 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 parte recurrida manifestó su disconformidad con los motivos y fundamentos del recurso de la empresa, defendiendo como adecuada a derecho la interpretación hecha por la Sala de suplicación apelando a los pronunciamientos anteriores de esta Sala; por su parte el Ministerio Fiscal en su detallado informe, se manifestó a favor de la tesis de la recurrente y solicitó una sentencia declarativa en el mismo sentido, si bien acabando por reclamar una estimación parcial del recurso para dejar abierta la posibilidad de que el actor hubiera realizado horas extraordinarias nocturnas o festivas en las que sí que procedería reconocer la inclusión del complemento en el cómputo de su valoración.

TERCERO.- Como señala esta Sala IV del Tribunal Supremo, entre otras en la STS de 23 de febrero de 2012 (rcud 4478/2010):

"1.- Llamamos la atención en relación con la cuestión aquí planteada, dos peculiaridades que se aprecian tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste y que no suelen darse en una pretensión de condena al pago de una cantidad como lo es la que constituye el objeto del presente procedimiento y son las siguientes: que la cuestión haya girado exclusivamente sobre las cantidades que integran el concepto "hora extraordinaria" sin atender a qué concretar horas extraordinarias se reclaman (diurnas, nocturnas, realizadas en festivo, etc.) y que ambas sentencias hayan aplicado de distinta forma la sentencia de esta Sala de 21- 2-2007 (rco.- 33/2006) por la que se declaró nulo el cálculo de las horas extraordinarias que se contenía en el art. 42.1.a) del Convenio Colectivo Estatal de las empresas de Seguridad, 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 en dicho sector de la actividad laboral.

2.- El hecho de que sea la interpretación de aquella sentencia en relación con lo que respecto del alcance del valor de la hora ordinaria dispone el art. 26 del ET y el mínimo a retribuir la hora extraordinaria según el art. 35 ET, y de que ése sea el principal objeto de discusión en estos procesos exige situar aquella sentencia en su verdadero contexto para llegar a un entendimiento adecuado de lo que en ella se dispuso en aplicación de lo dispuesto en los anteriores preceptos estatutarios, partiendo de la base de que lo que se dijo en otra



sentencia posterior de fecha 10-11-2009 (rco.- 42/2008), también citada por ambas partes no hizo más que confirmar la anterior aplicando el principio de la cosa juzgada. A tal efecto es necesario partir del hecho de que lo que en dicha sentencia se dijo, después de hacer un excursus por los antecedentes legislativos sobre el particular, era que, conforme a lo dispuesto en el art. 26 ET, debía considerarse como salario a tomar como referencia para el cálculo de la hora ordinaria no solo el salario base como se disponía en el art. 42.2 del Convenio sino todos los complementos salariales, entendiéndose por ello que en dicha norma convenida no se respetaba la exigencia de derecho necesario del art. 35 del Estatuto de los Trabajadores cuando establece que el valor de la hora extraordinaria será como mínimo el de la hora ordinaria, entendiéndose en base a ello (con cita de copiosa jurisprudencia en el mismo sentido), que lo dispuesto en dicho art. 42.2 del Convenio y en correspondencia con él el cálculo que para cada categoría profesional se contenía en el art. 41.2 a) del mismo era contrario a derecho. Y con arreglo a dicho criterio declaraba nulos ambos preceptos, pero derivado del segundo del inaceptable art. 42.2 en el que, recordemos que se decía lo siguiente (textual): "2. Valor de la Hora Ordinaria. A los únicos efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias incluidas en los apartados a) y b) precedentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, ambas partes acuerdan que el Valor de la Hora Ordinaria es igual al cociente de dividir el *salario base* mensual de cada categoría profesional entre el número de horas mensuales de trabajo efectivo... quedando excluidas las pagas extraordinarias, así como los complementos retributivos sean fijos o variables, salariales o extrasalariales de Convenio o fuera de Convenio". Esta declaración de nulidad era claramente acomodada a lo dispuesto en el art. 35 ET en cuanto que en el cálculo de las horas extraordinarias sólo incluía el salario base y excluía cualquier complemento, lo que se dijo en aquella sentencia, en concreto en el fundamento tercero era que "en definitiva, y como aconteció en su regulación histórica, la retribución de las horas extraordinarias nunca perdió el cordón umbilical que le unía con el salario ordinario, y no a un solo componente del mismo como es el salario base, y de aquí que la proclamada conformidad que hace la norma convencional litigiosa contenida en el art. 42 del Convenio, con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores no existe y ello por una sencilla razón: la hora ordinaria no se satisface únicamente con el salario base sino también con todos los componentes salariales que integran el salario ordinario".

3.- Siendo esto lo que la sentencia dijo, la interpretación que de ella se ha hecho por la recurrida, es, tomando en su estricta literalidad lo dicho en la misma 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 de la hora ordinaria calculada con todos los complementos salariales previstos, sin tomar en consideración ni distinguir entre complementos personales o generales y otros complementos fijados en función de concretas y especiales circunstancias en las que se ha desarrollado el trabajo; y en base a ese entendimiento ampliado de lo que la sentencia aquélla vino a decir, ha sostenido, siguiendo la tesis del demandante, que en el cálculo de la hora ordinaria y con repercusión en todas las horas extraordinarias, debían incluirse todos estos conceptos sin distinción. Por el contrario, la sentencia de contraste ha sabido 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".

4.- En el presente caso el actor solicita que se le abonaran todas las horas extraordinarias con inclusión en las mismas de pluses como los de "plus de peligrosidad, plus nocturnidad y plus festivos", cuando los tres primeros vienen establecidos en el art. 69 del Convenio para retribuir las horas que se prestan utilizando la indicada radioscopia, o en horario nocturno o en días festivos, etc. Si se parte de la base de que estos complementos 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 cuales quiera de tales circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria. Se infringiría el art. 35 ET, a salvo que el Convenio dijera lo contrario, si se abonara en el caso como hora extraordinaria lo que no se tenía derecho a percibir como hora ordinaria que es la garantía de referencia conforme a dicho precepto legal.



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. Todo lo cual destruye desde la base la aplicación de la cosa juzgada mal aplicada que hizo la sentencia recurrida de lo que entendió que constituía el contenido de aquella sentencia.

5.- De acuerdo con lo dicho hasta ahora, el actor para poder obtener la diferencia que reclama por el pago de las horas extraordinarias debió acreditar que las que reclama las trabajó de noche, utilizando radioscopia portuaria, en día festivo y en baleares, y sólo entonces podría aceptarse su pretensión. Siendo ésta la tesis que, para otro supuesto semejante, ha aplicado la Sala en su reciente STS de 19-10-2011 (rec.- 33/2011)."

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 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 por 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 30 de septiembre de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en recurso de suplicación núm. 339/2010 . 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.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir y respecto de la cantidad consignada estése a lo indicado en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo 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. Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.