

Roj: **STS 2858/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2858**Id Cendoj: **28079140012012100228**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/04/2012**Nº de Recurso: **2418/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JORDI AGUSTI JULIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ BAL 472/2011,**
STS 2858/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Abril 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 Procurador de los Tribunales Don Mario Castro Casas, en nombre y representación de la empresa "**Compañía Mediterránea de Vigilancia, S.A.**" (**MEVISA**) contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de fecha 24 de marzo de 2011, en el recurso de suplicación 12/2011 interpuesto contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2010 por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Palma de Mallorca, en autos 34/2010 seguidos a instancia de Doña **María**, contra la citada empresa, en reclamación por Cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida D^a **María**, representada por el Letrado Sr. Calatayud Llorca.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de junio de 2010, el Juzgado de lo Social número 3 de Palma de Mallorca, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- La parte actora, NIE Nº NUM000 ha venido prestando servicios para la demandada desde el 27-7-2000 como Vigilante de Seguridad. - SEGUNDO.- 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". - TERCERO.- 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. - CUARTO.- En fecha 18-9-2007 se ha presentado por asociaciones patronales de empresas de seguridad otro conflicto colectivo por el que se pretende que los sindicatos demandados "acepten la inaplicación de los conceptos económicos del Convenio Colectivo vigente, como consecuencia de haberse roto el equilibrio del mismo con efecto retroactivo al 31-12-2004, debiendo proceder a la negociación de los mismos, para la recuperación del equilibrio del convenio, aplicándose mientras tanto los conceptos económicos del convenio anterior, correspondientes a los años 2002-2004, hasta que se proceda a la citada negociación, o hasta que se negocie un convenio nuevo".- Se dictó sentencia por la Sala de lo Social de Audiencia Nacional que apreció la inadecuación de procedimiento, Sentencia que fue revocada por Sentencia de la Sala Cuarta de 9-12-2009, que devuelve las actuaciones a la Audiencia Nacional para que se pronuncie sobre el conflicto colectivo planteado. - QUINTO.- 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."- SEXTO.- 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."- SÉPTIMO.- 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. - OCTAVO.- 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.- NOVENO.- La parte demandante ha trabajado anualmente las horas y percibido las cantidades siguientes por los conceptos que se especifican:

Años 2007 2008 2009

Horas trabajadas 1.782,00 884,00

Conceptos:

Salariales

Salario base 10.412,88 5.206,44

Antigüedad 420,36 210,18

Plus de actividad

Plus de trabajo nocturno 2.143,57 903,73

Plus disponibilidad 61,18

Plus de peligrosidad 2.152,18 901,13

Plus de festivos 799,88 382,67

Plus de radioscopia

Plus de responsable de equipo 1.339,30

Plus de escolta

Pagas extraordinarias 3.285,41 1.578,72

Atrasos salariales 123,30



TOTAL 23.738,06 9.182,87

Valor hora por tales conceptos 13,32 10,38

Extrasalariales

Plus de transporte 902,16 451,08

Plus de vestuario 894,48 447,24

Dietas

Kilometraje

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

Año nº de horas extras

2008 2.132,06

2009 761,18

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

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando en parte la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por María frente a **COMPAÑÍA MEDITERRÁNEA DE VIGILANCIA, S.A. (MEVISA)**, sobre **CANTIDAD**, debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 12.406,34 €, por los conceptos de la demanda, mas el 10% anual de mora".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, dictó sentencia de fecha 24 de marzo de 2011, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "SE DESESTIMAN los Recursos de Suplicación interpuestos por la representación de D^a. María y la CIA MEDITERRÁNEA DE VIGILANCIA S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Palma de Mallorca, de fecha treinta de junio de dos mil diez, en los autos nº 34/2010 seguidos en virtud de demanda formulada por la citada recurrente frente a CIA Mediterránea de Vigilancia S.A. y, en su virtud, SE CONFIRMA la sentencia recurrida.

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la Empresa Compañía de Vigilancia 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 12 de julio de 2011, 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 2008 (Rec. nº 2083/08).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 9 de enero de 2012, 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 por la representación de D^a María, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar parcialmente procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 11 de abril de 2012, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ha sido abordada y resuelta por esta Sala en varios asuntos prácticamente idénticos deliberados hasta la fecha, se refiere a la forma de cálculo de la hora extraordinaria en empresas de seguridad a las que les es de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad 2005/2008 (BOE 10-06-2005).

2. Según consta en la declaración fáctica de la sentencia de instancia, el demandante, con la categoría de vigilante de seguridad de la empresa "Compañía Mediterránea de Vigilancia, S.A." (MEVISA), reclamó el reconocimiento y condena a la empresa de la cantidad de 12.406,34 euros por diferencias salariales correspondientes al abono de las horas extraordinarias por él realizadas durante los años 2008 y 2009, 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 conceptos concretos como los complementos denominados plus de transporte, plus de vestuario, plus de peligrosidad, plus de nocturnidad, plus de festivos, plus disponibilidad, así como antigüedad, incentivos, primas y pagas extras. 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, no reconociendo a favor del trabajador ninguna diferencia entre lo reclamado y lo por ella abonado.

3. La sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca 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 las diferencias reclamadas. Habiendo recurrido la empresa dicha sentencia y desestimado su recurso por sentencia del TSJ de Baleares de 24 de marzo de 2011 (rec. 12/2011), que es la que ahora se recurre.

4. 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. 2083/2008) en la cual, contemplando la reclamación por horas extraordinarias realizadas por 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.

5. 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. Debemos, por tanto, resolver el fondo del asunto.

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 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.- 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 el 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 sentencia 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.- 1. Sentado el criterio a seguir para el cálculo de las horas extraordinarias realmente realizadas por el demandante y resultando de lo actuado que, aunque el actor no tiene derecho a percibir la cantidad reclamada, tampoco la empresa le ha abonado aquellas horas de conformidad con la cuantía con la que debían haberse valorado las mismas, no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo de lo debido por la empresa por este concepto, se impone dictar sentencia por la que, estimando en parte el recurso interpuesto por la sentencia recurrida, se condene a la demandada a abonar al actor la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución. Para la efectividad de este acuerdo procederá que en el Juzgado de origen se mantenga la cantidad consignada hasta que el demandado dé cumplimiento a lo aquí acordado.

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

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Mario Castro Casas, en nombre y representación de la empresa "**Compañía Mediterránea de Vigilancia, S.A.**" (**MEVISA**) contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de fecha 24 de marzo de 2011, en el recurso de suplicación 12/2011 interpuesto contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2010 por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Palma de Mallorca , en autos 34/2010 seguidos a instancia de Doña **María** , contra la citada empresa, en reclamación por Cantidad. 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 extras realizadas por el período reclamado y la que le correspondió percibir, calculada en la forma establecida en la presente resolución. Sin costas.

Con devolución a la recurrente del 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 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. Jordi Agustí Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ