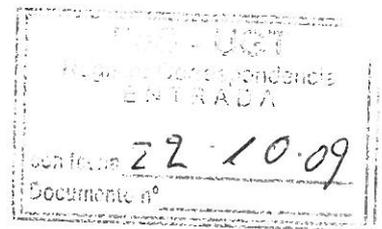




FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
SECCION SOCIAL

C/ Fortuny, 4  
28071 - MADRID



RECURSO: CASACION 0000042 /2008  
AUDIENCIA NACIONAL. SALA DE LO SOCIAL

RECURRENTE: CC.OO y otros  
RECURRIDO: APROSER y otros

OBJETO: CONFLICTO COLECTIVO.

A LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Fiscal, en el traslado conferido en el recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 21 de enero de 2008, **DICE:**

Que considera que el mismo debe ser considerado parcialmente PROCEDENTE, en base a las alegaciones que seguidamente se formulan.

ANTECEDENTES:

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de junio de 2007, se presentó, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional demanda por APROSER contra FES-UGT; FTSP- USO; CIG; SINDICATO AA.DD-CCOO; FES; AMPES y ACAES sobre conflicto colectivo

**SEGUNDO.-** En dicha demanda, la actora APROSER, solicitaba de la Sala que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 35-2 del 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 todos aquellos conceptos que vienen a compensar 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 contenido del suplico fue matizado ante la Sala en el acto celebrado el día 17 de octubre de 2007 para celebrar los actos de conciliación y, en su caso juicio, señalados para este día y en el que se acordó la suspensión del mismo, con la siguiente adición: "Sin perjuicio de abono también en el trabajo en las horas extraordinarias cuando concurren tales circunstancias." Según consta en el acta de dicha sesión. La anterior matización fue expresamente confirmada en el acto del juicio por la parte demandante.

**TERCERO.-** Los demandados se opusieron a la demanda al considerar que el valor de la hora extraordinaria es el que correspondería a la hora ordinaria como mínimo, en el que se incluirían no sólo el salario base sino también todos aquellos complementos salariales que deben integrarse en la estructura salarial. Considera que ésta es la interpretación jurisprudencial del art. 35-2 del ET mantenida por el TS en la sentencia de 21-02-07 en

sus fundamentos de derecho segundo y tercero, en relación con el art. 5 del derogado Decreto de Ordenación del Salario y con el art. 66 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.

En último lugar se refiere a la regulación de la jornada realizada por la norma pactada en la que se fija un máximo anual y mensual pero no establece un tope en su cómputo diario, matiz trascendente dado que los vigilantes de seguridad privada realizan diferentes turnos y distintos servicios y no todos ellos devengan los mismos complementos. El carecer de jornada diaria máxima dificulta la identificación de la ordinaria y la extraordinaria y por ello, su acreditación y la de los complementos devengados durante su realización.

De igual modo, y previamente por su parte se plantearon las siguientes excepciones: cosa juzgada material, falta de jurisdicción, falta de acción, falta de litisconsorcio pasivo necesario y defecto formal en el modo de proponer la demanda.

**CUARTO.-** Funda la Sala su razonamiento en que "el núcleo central del problema es determinar para este sector cuál es el valor del salario unitario total, cuyo importe anual dividido entre el total de horas de trabajo anuales pactadas o establecidas nos de el valor de la hora ordinaria. La jurisprudencia del TS ha reconocido la existencia de sectores peculiares que por sus características exigían una aplicación flexible de

lo establecido en el art. 35-1 del ET EDL1995/13475, como el trabajo en el mar o el del transporte discrecional (STS de 28 de noviembre de 2004 y de 18 de marzo de 2003, entre otras), o la doctrina expresada en la de 25 de febrero de 1995. En ella se dice, con apoyo a su vez en varios fallos precedentes, que «es lícita y válida la disposición o cláusula de un convenio colectivo en la que se fija el valor de las horas extraordinarias en cuantía inferior a la que resultaría de una interpretación excesivamente rigurosa del artículo 35.1 ET », pues tal cláusula «encuentra apoyo en lo que establece el art. 37.1 de la Constitución Española y los artículos 82 y siguientes del citado Estatuto , dado que la libertad negocial que a las partes sociales que intervienen en la negociación colectiva reconocen estos preceptos permite pactar módulos para el cálculo de las horas extraordinarias e incluso cuantías alzadas que resulten inferiores a las que derivan de la interpretación mencionada, pues esa libertad negocial que consagra el artículo 37.1 de la Constitución legitima que las partes sociales, a la hora de pactar las condiciones económicas, repercutan las subidas salariales convenidas en la negociación elementos de la estructura salarial, aunque ello suponga que la retribución de las horas extraordinarias no alcance aquella cuantía».

Por ello consideramos que en atención a las diversas características de las funciones incluidas en el sector debemos estimar la demanda en lo referente a la

composición de la estructura del salario de la hora ordinaria, excluyendo aquellos complementos que se refieran a la compensación de un modo específico de desarrollar el trabajo, que se abonarán cuando ese modo o esas circunstancias efectivamente se den. Sí debe incluirse el plus de residencia en Ceuta y Melilla porque la Sala entiende debe ser considerado, en todo caso, entre los personales, mientras se resida en esas ciudades, ya que acompañará siempre a la realización del trabajo, ordinario o extraordinario. Queda por determinar qué horas son extraordinarias y habida cuenta de que no existe tope diario sino mensual, serán extraordinarias todas aquellas que superen la jornada máxima mensual y por ello deberá concretarse en la orden de trabajo las condiciones de la prestación que generarían el derecho al percibo del complemento del puesto de trabajo (extraordinaria diurna, nocturna, festivo con armas, radioscopias, etc...). Con ello se cumplirá el mandato del Tribunal Supremo de que el valor de la extraordinaria sea al menos igual al de la hora ordinaria, y se unificará el valor de referencia de todas las horas extraordinarias a las que se añadirán los complementos de puesto de trabajo que efectivamente concurran en su realización".

**QUINTO.-** De este modo, la Sala resolvió en sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor: "En la demanda interpuesta por APROSER contra UNION GENERAL DE TRABAJADORES, (FES UGT), UNION SINDICAL OBRERA (F.T.S.P.USO), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALLEGA, El

Sindicato AA.DD.-CC.OO., FEDERACION EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD (FES), ASOCIACIÓN DE LA MEDIANA Y PEQUEÑA EMPRESA (AMPES), ASSOCIACIÓ CATALANA D EMPRESES DE SEGURETAT (ACAES), SINDICATO ALTERNATIVA SINDICAL Y SINDICATO SINDICAT INDEPENDENT PROFESSIONAL DE VIGILANCIA I SERVEIS DE CATALUNYA. sobre conflicto colectivo la Sala ha resuelto: Primero.- Desestimamos la excepción de cosa juzgada Segundo.-Desestimamos la excepción de falta de jurisdicción Tercero.- Desestimamos la excepción de falta de acción Cuarto.- Desestimamos la excepción de litis consorcio pasivo Quinto.- Estimamos la demanda y declaramos que el valor de la hora ordinaria de trabajo para calcular el de cada hora extraordinaria está compuesto por el salario base, complementos personales, de vencimiento superior al mes, el de residencia en Ceuta y Melilla en su caso, a los que deberá adicionarse el complemento de puesto de trabajo que efectivamente se dé".

Contra dicha sentencia, recurren en casación las representaciones de 1)UNION GENERAL DE TRABAJADORES, (FES UGT), 2)UNION SINDICAL OBRERA (F.T.S.P.USO), 3)CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALLEGA, 4)El Sindicato AA.DD.-CC.OO.), 5)SINDICATO ALTERNATIVA SINDICAL Y SINDICATO SINDICAT INDEPENDENT PROFESSIONAL DE VIGILANCIA I SERVEIS DE CATALUNYA, articulando su recurso en los siguientes:

## MOTIVOS DEL RECURSO.

Los recurrentes articulan su posición procesal con los argumentos que se indican, expresando esta Representación Pública el criterio informante seguidamente:

**Primero.-** UNION GENERAL DE TRABAJADORES, (FES UGT):

1º) Por vulnerar el artículo 224.a) de la L.E.Civ., en base a lo que autoriza el artículo 205 e) de la LPL, al entender la existencia de cosa juzgada material. Sin embargo, los razonamientos de la sentencia, en cuanto que la interpretación del fallo de la sentencia a que se refiere (STS 7.2.2007 REC 33/2006) ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios en las demandas individuales que no han sido suspendidas en espera de la resolución de la presente litis, cuya misma existencia es prueba de las posibles interpretaciones del fallo. *"En consecuencia, la excepción debe ser desestimada ya que la interpretación del fallo de la sentencia ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios en las demandas individuales que no han sido suspendidas en espera de la resolución de la presente litis, cuya misma existencia es prueba de las posibles interpretaciones del fallo. En consecuencia, la excepción debe ser desestimada"*. Lo que excluye la admisión de la excepción, tal y como hace la Sala, sin perjuicio de la valoración de la doctrina que

dicha sentencia contiene a los efectos de la presente litis.

2º) Con fundamento en el anterior precepto de la LPL, por vulnerar el art. 35.1 del E.T.

Este motivo, sí debe ser acogido, según entiende esta Representación Pública, toda vez que, como expresa acertadamente el recurrente, de aplicarse la doctrina que sienta la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, si la inclusión de los complemento de puesto de trabajo sólo se han de abonar cuando se den las circunstancias que concretamente condicionan su devengo, el trabajador tendría muchas dificultades para poder acreditar su concurrencia quedando en manos de la empresa, - de parte interesada-, su determinación, y esto si estaría en contra de la doctrina de la St. de es Sala antes citada, (STS 7.2.2007 REC 33/2006), sobre la integridad de la retribución en horas extraordinarias que en su fundamento jurídico tercero dice 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 sólo componente del mismo, como es el salario base y de aquí que la proclamada conformidad, que hace la norma convencional litigiosa contenida en el artículo 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 complementos salariales que integran el salario ordinario.

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 aquélla, 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. En este mismo sentido se han pronunciado las STSS de 28 de noviembre de 2004, 15 de diciembre de 2003 y de 21 y 22 de diciembre de 2004, además de la de 18 de marzo de 2003 que fué anteriormente citada, entre otras, cuya doctrina se puede reducir así: "1) Como se desprende claramente de su tenor literal ("en ningún caso"), la norma legal del art. 35.1 del ET sobre el precio mínimo de la hora extraordinaria es una norma de derecho necesario absoluto, siendo por tanto indisponibles para la negociación colectiva, los derechos que confiere; 2) "la garantía que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el art. 37.1 de la Constitución Española, no impide en modo alguno que el legislador coloque a los convenios en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias (art. 3.1.b) del ET), y exija también (art. 85.1) que lo que en tales convenios se pacte lo sea dentro del respecto a las leyes.

Siguiendo la misma dirección -y aunque se trata de una cuestión diferente pero relativa también a la aplicación del artículo 35.1 ET sobre el valor de las horas extraordinarias en la Compañía Trasmediterránea y su no compensación con lo pagado por el plus de complemento de actividad- se han pronunciado las sentencias de esta Sala de 27 de enero de 2007 (Rec. 4138/2005) que cita las anteriores de 30 de mayo de 2005 (Rec. 2074/2004), 4 de julio de 2005 (Rec. 2884/04) y 2 de diciembre de 2005 (Rec. 3492/04) en las que se señala

que "el valor pactado de las horas extraordinarias no puede ser inferior al valor de las horas ordinarias".

**Segundo.- UNION SINDICAL OBRERA (F.T.S.P. USO):**

En dos motivos, de naturaleza y contenido similar a los ya estudiados, por lo que cabe la remisión a lo informado anteriormente.

**Tercero.- CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALLEGA:**

En tres motivos, de los que el 1º) y el 3º) cabe remitirse a lo ya informado en el recurso de la UGT.

En cuanto al motivo 2º), referido a la desestimación de la excepción de falta de acción, por no tratarse de resolver sobre un interés efectivo, no cabe sino exponer, que los argumentos del recurrente, se refieren, en su naturaleza, a los mismos ya utilizados para la fundamentación de la cosa juzgada, es decir, existiendo ya cosa juzgada, carece de interés la presente litis. Precisamente la resolución de esta litis, y, en su caso la estimación del recurso con base a la doctrina de esa Excmá. Sala, permite despejar las dudas que plantea este motivo, que no puede ser atendido, como hace la sentencia recurrida, al manifestar que "respecto a la falta de jurisdicción y de acción no puede prosperar su alegación puesto que hay una controversia real sobre la interpretación del art. 35-2 del ET que sustenta el

*conflicto colectivo, y no se aprecia su carácter instrumental para paralizar las demandas individuales alegado por la demandada, ni tampoco por ello el fraude procesal al que aluden los arts. 11.2 de la LOPJ y 247.2 de la LEC".*

**Cuarto:** *Sindicato AA.DD.-CC.OO.,):*

En un único motivo que resume los ya expuestos por los anteriores recurrentes. En concreto, y en cuanto al fondo del asunto discutido, a juicio de esta Representación Pública, tiene razón el argumento del sindicato CC.OO. recurrente, en cuanto que la sentencia de esa Sala, tantas veces citada, estableció el criterio de determinación de la hora extraordinaria, doctrina que es plenamente aplicable al caso ahora discutido, y que en consecuencia entiende esta parte que debe dar lugar a la estimación del recurso.

**Quinto:** *SINDICATO ALTERNATIVA SINDICAL Y SINDICATO SINDICAT INDEPENDENT PROFESSIONAL DE VIGILANCIA I SERVEIS DE CATALUNYA:*

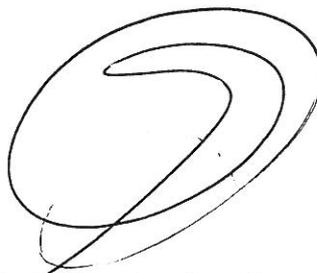
Que reproduce los motivos ya estudiados, por lo que nos remitimos a lo expuesto anteriormente.

Por su parte, los recurridos ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS DE SEGURIDAD (APROSER), FEDERACION EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD (FES),

ASOCIACIÓN DE LA MEDIANA Y PEQUEÑA EMPRESA (AMPES),  
ASSOCIACIÓ CATALANA D EMPRESSES DE SEGURETAT (ACAES),  
solicitan la confirmación de la sentencia, a tenor de  
las características y funciones del sector, con  
exclusión de aquellos complementos que podrán abonarse  
en cada caso concreto que se den las condiciones  
precisas para ello.

En su virtud, esta Representación Pública, considera  
que, debe estimarse el motivo referente a la infracción  
de la interpretación que la sentencia hace del art. 35.1  
del E.T., sobre la integridad de la retribución en horas  
extraordinarias, ya que debe integrarse con todos los  
complementos salariales que componen el salario  
ordinario considerando en consecuencia, al mismo  
parcialmente PROCEDENTE.

Madrid, 24 de septiembre de 2009.



Félix Pantoja García.

NIG: 28079 14 4 2008 0001498

NUMERO ORIGEN: DEM 0000110 /2007

ORGANO ORIGEN: AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL de MADRID

00430

**TRIBUNAL SUPREMO  
SALA DE LO SOCIAL**

SECRETARÍA: ILMA. SRA. DÑA. MARIA DOLORES MOSQUEIRA RIERA  
RECURSO: 001 / 0000042 / 2008

RECURRENTE: FEDERACION DE ACTIVIDADES DIVERSAS DE CCOO, CIG  
, USO , SIND.INDEP.PROF.DE VIG. Y SERVIC.CATALUÑA , FES-  
UGT , ALTERN.SIND.TRAB.EMPR.PRIVADAS,DE SEGUR.PRIVADA Y  
SERV.AFINES

PROCURADOR:D/D<sup>a</sup> , CARMEN GARCIA MARTIN ,  
LETRADO:D/D<sup>a</sup> ENRIQUE LILLO PEREZ, , JOSÉ MANUEL CASTAÑO  
HOLGADO , MARIA TERESA DEL VALLE GONZALEZ , JOSE FELIX PINILLA  
PORLAM , MARIA TERESA DEL VALLE GONZALEZ

RECURRIDO: FED. EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD, APROSER  
, ASOCIACION MEDIOS PROFESIONALES Y EMPRESAS DE SEGURIDAD ,  
ASOCIACION CATALANA DE EMPRESAS DE SEGURIDAD

PROCURADOR:D/D<sup>a</sup>, JOSE LLEDO MORENO ,  
LETRADO:D/D<sup>a</sup> MIGUEL VALENTIN-GAMAZO Y DE CARDENAS, , MIGUEL  
VALENTIN-GAMAZO Y DE CARDENAS , MIGUEL VALENTIN-GAMAZO Y DE  
CARDENAS

**PROVIDENCIA**

EXCMOS. SRES.  
PRESIDENTE  
DESDENTADO BONETE  
SEGOVIANO ASTABURUAGA

Madrid, a catorce de Octubre de dos mil nueve

Dada cuenta; únase el anterior informe del Ministerio  
Fiscal. Se señala para la votación y fallo del presente  
recurso el día tres de Noviembre de dos mil nueve ; la Sala  
estará formada por CINCO Magistrados.

Lo acuerda la Sala y firma el Excmo. Sr. Presidente,  
conmigo el Secretario de la Sala.



NIG: 28079 14 4 2008 0001498

NUMERO ORIGEN: DEM 0000110 /2007

ORGANO ORIGEN: AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL de MADRID

00180

**TRIBUNAL SUPREMO  
SALA SOCIAL**

SECRETARIA: ILMA. SRA. DÑA. MARIA DOLORES MOSQUEIRA RIERA  
RECURSO NUM. 001 / 0000042 / 2008

RECURRENTE: FEDERACION DE ACTIVIDADES DIVERSAS DE CCOO, CIG,  
USO, SIND.INDEP.PROF.DE VIG. Y SERVIC.CATALUÑA, FES-  
UGT, ALTERN.SIND.TRAB.EMPR.PRIVADAS, DE SEGUR.PRIVADA Y  
SERV.AFINES

PROCURADOR: CARMEN GARCIA MARTIN,  
LETRADO: ENRIQUE LILLO PEREZ, JOSE MANUEL CASTAÑO HOLGADO,  
MARIA TERESA DEL VALLE GONZALEZ, JOSE FELIX PINILLA PORLAM,  
MARIA TERESA DEL VALLE GONZALEZ

RECURRIDO: FED. EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD,  
ASOCIACION MEDIOS PROFESIONALES Y EMPRESAS DE SEGURIDAD,  
ASOCIACION CATALANA DE EMPRESAS DE SEGURIDAD

PROCURADOR:  
LETRADO: MIGUEL VALENTIN-GAMAZO Y DE CARDENAS, MIGUEL  
VALENTIN-GAMAZO Y DE CARDENAS, MIGUEL VALENTIN-GAMAZO Y DE  
CARDENAS

**DILIGENCIA DE ORDENACION**

Secretario de Sala

ILMA. SRA. DÑA. MARIA DOLORES MOSQUEIRA RIERA

En Madrid, a quince de Septiembre de dos mil nueve

Los anteriores cinco escritos de impugnación de los recursos, se unen al rollo. Pasen seguidamente las actuaciones al Ministerio Fiscal por el plazo y a los efectos legales.

Así lo acuerdo y firmo.