

4 DIC. 2009

Copia

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

### SENTENCIA:

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

*Fecha Sentencia:* 10/11/2009

*Recurso Num.:* CASACION 42/2008

*Fallo/Acuerdo:* Sentencia Estimatoria Parcial

*Votación:* 03/11/2009

*Procedencia:* AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

*Ponente Excmo. Sra. D.ª* María Luisa Segoviano Astaburuaga

*Secretaría de Sala:* Ilma. Sra. Dña. María Dolores Mosqueira Riera

*Reproducido por:* ABS

*Nota:*

CONFLICTO COLECTIVO PLANTEADO POR APROSER SOBRE LA FORMA DE CÁLCULO DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS EN LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA. EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA, EN VIRTUD DE LO RESUELTO POR ESTA SALA EN SENTENCIA DE 21-2-07, RECURSO DE CASACIÓN 33/2006

*Recurso Num.: CASACION/42/2008*

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

*Votación: 03/11/2009*

*Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Mosqueira Riera*

**SENTENCIA NUM.:  
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL**

*Excmos. Sres.:*

D. Jesús Souto Prieto  
D. José Luis Gilolmo López  
D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga  
D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún  
D. Luis Ramón Martínez Garrido

---

En la Villa de Madrid, a diez de Noviembre de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recursos de casación interpuestos por Alternativa Sindical de Trabajadores y de Empresas de Seguridad Privadas y Servicios Afines, Sindicat Independent Professional de Vigilancia i Serveis de Catalunya, Confederación Sindical Galega (CIG), Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) y Unión Sindical Obrera (USO) contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2008, autos 111/07, seguidos a instancia de Asociación Profesional de Empresas de Servicios de Seguridad Privada (Aproser) contra UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, (FES- UGT), UNIÓN SINDICAL OBRERA (F.T.S.P.USO), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALLEGA, EL SINDICATO AA.DD.-CC.OO, FEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD (FES), ASOCIACIÓN DE LA MEDIANA Y PEQUEÑA EMPRESA (AMPES), ASSOCIACIÓ CATALANA D'EMPRESSES DE SEURETAT (ACAES), SINDICATO ALTERATIVA SINDICAL Y SINDICATO SINDICAT INDEPENDENT PROFESSIONAL DE VIGILANCIA I SERVEIS DE CATALUNYA sobre Conflicto Colectivo.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. **MARÍA LUISA SEGOVIANO**  
ASTABURUAGA, Magistrada de Sala

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el letrado D. Martín Godino Reyes, en representación de ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS DE SEGURIDAD PRIVADA (APROSER) se planteó demanda de CONFLICTO COLECTIVO, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dicte sentencia, por la que, "se declare que, a tenor de lo previsto en el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, 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 trata", siendo aclarado dicho suplico en el acto celebrado el 17 de octubre de 2007, en el que se acordó la suspensión de los actos de conciliación y juicio señalados para dicho día, interesando la siguiente adición: "sin perjuicio de abono también en el trabajo en las horas extraordinarias cuando concurren tales circunstancias".

**SEGUNDO.-** Admitida a tramite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según consta en acta.

**TERCERO.-** Con fecha 21 de enero de 2008 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "En la demanda interpuesta por APROSER contra UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, (FES UGT), UNIÓN SINDICAL OBRERA (F.T.S.P.USO), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALLEGA, EL SINDICATO AA.DD.-CC.OO, FEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD (FES), ASOCIACIÓN DE LA MEDIANA Y PEQUEÑA EMPRESA (AMPES), ASSOCIACIÓ CATALANA D'EMPRESSES DE SEGURETAT (ACAES), SINDICATO ALTERATIVA 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 de".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- El presente conflicto colectivo afecta a todos los trabajadores de todas las empresas dedicadas a la prestación de servicios de seguridad comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad para los años 2005 a 2008, publicado en el BOE el día 10-06-2005. (Demanda). 2º.- El Tribunal Supremo dictó sentencia el día 21 de febrero de 2007 por la que se resolvía y estimaba el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Independiente de Vigilantes de Cataluña (SIPVS-C) y por el Sindicato Alternativa Sindical contra la sentencia de la Audiencia Nacional dictada el día 6-2-2006, en conflicto colectivo promovido por estos sindicatos. El fallo de la sentencia del TS declara la nulidad del apartado 1.a) del art. 42 del Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad para los años 2005 a 2008 que fija el valor de las horas extraordinarias laborales y festivas para los vigilantes de seguridad; 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 art. 42, que fija el valor de la hora ordinaria a efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias inferior al que corresponde legalmente. (Doc. 4 de la actora). 3º.- La Asociación Profesional de Empresas de Servicios y Seguridad Privada (APROSER), demandante en el presente procedimiento, presentó recurso de aclaración de la citada sentencia el día 15 de marzo de 2007, resuelto mediante auto de 28 de marzo del mismo año, en el que se declaraba no haber lugar a la aclaración solicitada y confirmaba el fallo de la sentencia. (Doc. 5 de la actora). 4º.- El día 12 de abril de 2007 se reúne la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo Estatal de Empresas Privadas de Seguridad 2005-2008. Nos remitimos al acta de esta reunión aportada a los autos por ambas partes. (doc. 9 de la actora y 2 de la demandada). 5º.- El día 16 de mayo de 2007 se reúne la Comisión Paritaria a instancia de APROSER. Se da por reproducido el acta de la sesión aportada a los autos por la parte actora. (Doc. 9 de la actora). 6º.- El día 31 de mayo de 2007 se produce una reunión de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo. El acta de esta reunión está aportada a los autos y la damos por reproducida. (Doc. 9 de la actora). 7º.- El día 14 de septiembre de 2007 se reúne la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo. El acta de esta reunión consta, asimismo aportada, a los autos por ambas partes y se da por reproducido su contenido (Doc. 9 de la actora y 3 de la demandada).- 8º.- El día 24 de septiembre de 2007 se reúne de nuevo la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo. El acta de esta sesión esta aportada a los autos por ambas partes y su contenido se da por reproducido. (Doc. 9 de la actora y 4 de la demandada).- 9º.- En cumplimiento de la Disposición Adicional 3ª del Convenio se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación ante el SIMA, el día 29 de mayo de 2007 con el resultado de falta de acuerdo, sin que prosperase la propuesta suspensión del presente procedimiento, fallido el intento conciliatorio, para que se resolviese el conflicto transitoriamente

mediante la negociación, hasta la solución definitiva en el próximo convenio .  
(Doc. aportado con la demanda).- Se han cumplido las previsiones legales".

**QUINTO.-** Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de casación y recibidos y admitidos los autos en esta Sala, se formalizaron los correspondientes recursos por las representaciones letradas de Federación de Actividades Diversas de Comisiones Obreras, Alternativa Sindical de Trabajadores de Empresas de Seguridad Privada y de Servicios Afines, Sindicat Independent Professional de Vigilancia i Serveis de Catalunya, Confederación Intersindical Gallega (CIG), Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) y Unión Sindical Obrera (USO). Los cinco recursos de casación se formulan al amparo del artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando los recurrentes infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Por el Letrado D. Enrique Lillo Pérez en la representación que ostenta de FEDERACIÓN DE ACTIVIDADES DIVERSAS DE COMISIONES OBRERAS se alega infracción por violación del artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 421.1 del mismo texto legal, 75.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y 247.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por la representación letrada de Alternativa Sindical de Trabajadores de Empresas de Seguridad Privada y de Servicios Afines y del Sindicat Independent Profesional de Vigilancia i Serveis de Catalunya se alega infracción de los artículos 3, 26 y 35.1 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 9 de la Constitución. Por la Procuradora D<sup>a</sup> Carmen García Martín, en la representación que ostenta de Confederación Intersindical Gallega (CIG), alega infracción del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia contenida en la sentencia de 6 de marzo de 2007, así como aplicación incorrecta del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores e infracción por inaplicación de la jurisprudencia sobre retribución de las horas extraordinarias contenida en las sentencias de esta Sala de 28 de noviembre y 3 de diciembre de 2004 (recurso 976/04 y 6481/03), y 7 de febrero, 14 de marzo y 6 de octubre de 2005 (recursos 982/04, 776/04 y 3907/04) y especialmente la sentencia de 21 de febrero de 2007. Por el Letrado D. José Félix Porlan, en nombre de FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (Fes-UGT) se alega infracción del artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 35.1 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta dicho precepto. Por el Letrado D. José Manuel Castaño Holgado, en representación de UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO) , se alega infracción del artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la sentencia dictada por esta Sala el 21 de febrero de 2007, así como la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en torno a este precepto.

**SEXTO.-** Habiéndose impugnado el recurso y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de declarar parcialmente procedente el recurso, se señaló para votación y fallo el día 3 de noviembre de 2009, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por las Asociaciones Profesionales de Empresas de Servicios de Seguridad Privada (Aproser) se interpuso demanda, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en materia de conflicto colectivo, frente a los sindicatos Unión General de Trabajadores (FES-UGT), Unión Sindical Obrera (FTSP-USO), Confederación Intersindical Gallega (CIG), AA.DD.-CCOO, y frente a la Federación Empresarial Española de Seguridad (FES), la Asociación de la Mediana y Pequeña Empresa de Seguridad (AMPES) y la Associació Catalana d'Empreses de Seguretat (ACAES), habiendo solicitado comparecer como demandado –petición admitida – el Sindicat Independent Professional de Vigilancia y Serveis de Catalunya, interesando que se dicte sentencia por la que se declare que, a tenor de lo previsto en el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, 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 suplico de la demanda fue aclarado en el acto celebrado el 17 de octubre de 2007, en el que se acordó la suspensión de los actos de conciliación y juicio señalados para dicho día, interesando la siguiente adición: "sin perjuicio de abono también en el trabajo en las horas extraordinarias cuando concurren tales circunstancias".

**SEGUNDO.-** Por la mencionada Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se dictó sentencia el 21 de enero de 2008, en el procedimiento número 110/07, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Fallamos en la demanda interpuesta por Aproser contra APROSER contra UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, (FES UGT), UNIÓN SINDICAL OBRERA (F.T.S.P.USO), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALLEGA, EL SINDICATO AA.DD.-CC.OO, FEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD (FES), ASOCIACIÓN DE LA MEDIANA Y PEQUEÑA EMPRESA (AMPES), ASSOCIACIÓ CATALANA D'EMPRESSES 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 de.

**TERCERO.-** Por las representaciones letradas de Federación de Actividades Diversas de Comisiones Obreras, Alternativa Sindical de Trabajadores de Empresas de Seguridad Privada y de Servicios Afines, Sindicat Independent Professional de Vigilancia i Serveis de Catalunya, Confederación Intersindical Gallega (CIG), Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT), Unión Sindical Obrera (USO) se han interpuesto recursos de casación contra la meritada sentencia. Los cinco recursos de casación se formulan al amparo del artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando los recurrentes infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Por la representación letrada de Federación de Actividades Diversas de Comisiones Obreras se alega infracción por violación del artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 421.1 del mismo texto legal, 75.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y 247.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por la representación letrada de Alternativa Sindical de Trabajadores de Empresas de Seguridad Privada y de Servicios Afines y del Sindicat Independent Professional de Vigilancia i Serveis de Catalunya se alega infracción de los artículos 3, 26 y 35.1 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 9 de la Constitución. La Confederación Intersindical Gallega (CIG), representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Carmen García Martín, alega infracción del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia contenida en la sentencia de 6 de marzo de 2007, así como aplicación incorrecta del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores e infracción por inaplicación de la jurisprudencia sobre retribución de las horas extraordinarias contenida en las sentencias de esta Sala de 28 de noviembre y 3 de diciembre de 2004 (recurso 976/04 y 6481/03), y 7 de febrero, 14 de marzo y 6 de octubre de 2005 (recursos 982/04, 776/04 y 3907/04) y especialmente la sentencia de 21 de febrero de 2007. Por la representación letrada de la Federación de Servicios de la Unión general de Trabajadores (FES-UGT) se alega infracción del artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 35.1 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta dicho precepto. Por la representación letrada de la Unión Sindical Obrera (USO), se alega infracción del artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la sentencia dictada por esta Sala el 21 de febrero de 2007, así como la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en torno a este precepto.

**CUARTO.-** Por todos los recurrentes en casación, con excepción de Alternativa Sindical de Trabajadores de Empresas de Seguridad Privada y de Servicios Afines y del Sindicat Independent Professional de Vigilancia i Serveis de Catalunya, se aduce que la sentencia recurrida infringe el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estos dos recurrentes, aunque formalmente no han alegado infracción del precitado artículo 222, en el desarrollo del recurso aducen que la cuestión ahora planteada ha sido resuelta

por el Tribunal Supremo en Sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007, recurso 33/06.

En esencia, aducen los recurrentes, que la cuestión litigiosa ha sido ya resuelta por la sentencia dictada por esta Sala el 21 de febrero de 2007, recurso 33/06, en la que se establece que el valor de la hora extraordinaria es el que correspondería a cada hora ordinaria y este último valor hace relación, no sólo al salario base, sino a todos aquellos complementos que aparecen en los apartados a), b), d y f) del derogado Decreto de 17 de agosto de 1973, de ordenación del salario, que son los complementos personales, los complementos de puesto de trabajo, los complementos de vencimiento periódico superior al mes y los complementos de residencia, señalando que el salario unitario y total constituye la base acreditativa del correspondiente a la hora extraordinaria, de modo que dividiendo el importe anual del mismo por el total de horas de trabajo anuales pactadas o establecidas, se establece la realidad de cual sea el valor de la hora ordinaria.

El precepto , cuya vulneración denuncian, artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula la cosa juzgada material, estableciendo en su apartado 1 que "La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la Ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo". En su apartado 2 dispone que "la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley. Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen". El apartado 3 dispone que "la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicta y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 10 de esta Ley". Por último el apartado 4 establece que "lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".

El precepto regula los efectos de la cosa juzgada material distinguiendo el efecto negativo, al que alude el apartado 1, y el efecto positivo, al que se refiere el apartado 4. El efecto negativo o preclusivo -apartado 1- impide la existencia de un proceso ulterior y requiere para su apreciación que ambos tengan idéntico objeto, disponiendo el artículo 421.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "cuando el Tribunal aprecie.... la existencia de la resolución firme sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento".

Por su parte el apartado 3 del precepto señala que "No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores cuando la dificultad o complejidad de las cuestiones suscitadas sobre..... cosa juzgada lo aconsejen, podrá también

resolver sobre dichas cuestiones mediante auto, dentro de los cinco días siguientes a la audiencia....".

El efecto positivo -regulado en el apartado 4- no excluye un ulterior proceso, pero vincula al Tribunal lo resuelto en el primer proceso por sentencia firme, cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que exista identidad entre los litigantes o que así venga dispuesto por una norma que expresamente lo establezca. Tal como dispone el apartado 1, párrafo segundo del artículo 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "no se sobreseerá el proceso en el caso de que, conforme al apartado 4 del artículo 222, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el Tribunal que está conociendo del proceso posterior".

**QUINTO.-** El letrado representante de la Federación de actividades diversas de Comisiones Obreras alega que la sentencia impugnada ha infringido por violación el artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre cosa juzgada material y el artículo 421.1 del mismo texto legal, pues entre la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007, recurso 33/06 y el asunto ahora examinado concurre la misma causa de pedir, el mismo objeto, incluso los mismos litigantes y la calidad con que lo fueron, por lo que no procedía dictar una resolución sobre el fondo de una cuestión litigiosa ya ventilada en el proceso anterior con carácter firme.

Los recurrentes Alternativa Sindical de Trabajadores de Empresas de Seguridad Privada y de Servicios Afines y del Sindicat Independent Professional de Vigilancia i Serveis de Catalunya, si bien no denuncian formalmente la infracción del artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el desarrollo del primer motivo del recurso aducen que entre lo resuelto por sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007, recurso 33/06 y la cuestión ahora planteada existe la más perfecta identidad entre la cosa -valor de la hora ordinaria (conceptos salariales que deben computarse)- las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, por lo que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional debería haber dictado una sentencia procesal y haberse abstenido de resolver un caso ya resuelto.

Esta Sala ha interpretado el alcance negativo o preclusivo de la cosa juzgada en la sentencia de 24 de enero de 2005, recurso 5204/03, en la que ha razonado lo siguiente: *"El art. 222 de la vigente LECv (Ley 1/2000 de 7 de Enero) -que la recurrente invoca como infringido- señala en su apartado 1 que "la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo", concretando a continuación el precepto que la identidad material de ambos procesos viene constituida por "las pretensiones de la demanda y de la reconvención" (apartado 2); y la identidad subjetiva, con carácter general (apartado 3 en su párrafo primero), alcanza a "las partes del proceso en que se dicte [la sentencia firme] y a sus herederos y causahabientes...."*

*Esta Sala ya había venido interpretando con criterio flexible el precedente legislativo (art. 1252 del Código Civil), y, tal como razonábamos*

*en nuestra reciente Sentencia de 20 de Octubre de 2004 (Recurso 4058/03), <<de esta concepción amplia de la cosa juzgada se hace eco ahora la LECv al enumerar las identidades que han de concurrir entre el primero y el segundo litigio; el texto del artículo 1252 citado, que consideraba necesario que "entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurre la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron", ha sido reemplazado por el artículo 222 de la LECv que, en tono más condescendiente, ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva pues, este precepto, en relación con el artículo 10 del propio texto legal, la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes, tanto de las que comparezcan y actúen en juicio como a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Con la nueva normativa cobra mayor vigor la doctrina que proclama la Sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 1995, considerando necesaria su aplicación a una relación como la laboral, de tracto sucesivo susceptible de planteamientos sucesivos por distintos sujetos diferentes con idéntica pretensión>>. Otro tanto podemos decir respecto de la identidad objetiva, con referencia a la cual la expresión del art. 1252 del Código Civil "las cosas y las causas" (interpretada por la doctrina en el sentido de que se refería a la petición formulada y a la causa de pedir) ha venido a ser sustituida por la de "cuyo objeto sea idéntico" y la de que la cosa juzgada alcanza a "las pretensiones de la demanda y de la reconvencción" (art. 222.1 y 2 LECv), dotando así el texto legal de una mayor flexibilidad, y también de mayor concreción, a la exigencia de las identidades objetivas".*

A la vista del anterior razonamiento se concluye que entre la sentencia dictada por esta Sala el 21 de febrero de 2007, recurso 33/06 y el asunto ahora examinado no concurren las identidades exigidas por el artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que la citada sentencia produzca el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, contemplado en el artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, el objeto del primer proceso, recurso 33/06, es la impugnación del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad para los años 2005 a 2008, en concreto se interesaba la nulidad del apartado 1 a) del artículo 42, que fija el valor de las horas extraordinarias laborales y festivas para los vigilantes de seguridad y el apartado c) 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 tanto el objeto del asunto ahora examinado es un conflicto colectivo en el que se interesa se declare que, a tenor de lo previsto en el artículo 35, 1 del Estatuto de los Trabajadores, el valor de la hora extraordinaria -para los trabajadores sometidos al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad- 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, sin

perjuicio de abono también en el trabajo en las horas extraordinarias cuando concurren tales circunstancias. La no concurrencia de las identidades exigidas supone que no procede apreciar el efecto negativo o preclusivo - artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- y, en consecuencia, que la existencia del anterior proceso no excluye el planteamiento del ahora examinado, debiendo desestimarse este motivo de recurso.

**SEXTO.-** La representación letrada de la Federación de actividades diversas de Comisiones Obreras alega que la sentencia impugnada ha infringido el artículo 75.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y el 247.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al considerar que la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007 cerró plenamente la controversia y el debate sobre el importe del valor de la hora ordinaria y extraordinaria por lo que el nuevo conflicto colectivo entablado constituye una acción superflua e innecesaria, constituye un fraude procesal que no puede admitirse, siendo una demanda temeraria.

El motivo ha de ser rechazado ya que, tal como ha quedado consignado en el fundamento jurídico anterior la sentencia dictada en el recurso de casación 33/06 no produce el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada en este nuevo pleito, por lo que el planteamiento del conflicto colectivo no puede ser considerado abusivo ni fraudulento, estando amparado en el derecho a accionar que, como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva se recoge en el artículo 24 de la Constitución, no procediendo, en consecuencia la imposición de multa ni la condena en costas de la demandante.

**SÉPTIMO.-** El recurrente Confederación Intersindical Galega (CIG) alega falta de jurisdicción y falta de acción, aduciendo que no existe un conflicto jurídico real y actual sobre la interpretación de un precepto convencional puesto que su alcance ha sido determinado a todos los efectos por la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007, no existiendo acción ya que el conflicto carece de interés efectivo, interponiéndose con una intención puramente preventiva e incluso dilatoria.

El motivo formulado no ha de tener favorable acogida pues, con independencia de lo que luego se dirá respecto al efecto positivo de la cosa juzgada, es lo cierto que no se ha apreciado el efecto negativo o prejudicial, por lo que no está excluido el planteamiento de un ulterior proceso, siendo diferente el objeto del que ahora nos ocupa -la interpretación del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores para fijar el valor de la hora extraordinaria, a partir de la hora ordinaria de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Estatal de Empresas de Seguridad para los años 2005-2008- en tanto que el asunto ya resuelto por sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007, versaba sobre impugnación del citado Convenio Colectivo, interesando la anulación de determinados preceptos que regulan la forma de cálculo de las horas extras.

**OCTAVO.-** Por la Confederación Intersindical Galega (CIG), la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) y la Unión Sindical Obrera (USO) se alega que la sentencia impugnada ha infringido el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los recurrentes aducen que la sentencia de instancia ha vulnerado dicho precepto al no apreciar el efecto positivo de la cosa juzgada desplegado por la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007, recurso de casación 33/06, por la que se anulan determinados preceptos del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad que hacen referencia al abono de horas extraordinarias, determinando cómo se han de abonar las mismas.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del alcance de este precepto y así en sentencia de 20 de octubre de 2004, recurso 4058/0, aparecen los siguientes razonamientos: *"SÉPTIMO.- La doctrina correcta es la que aplica la sentencia de contraste, al interpretar el artículo 222 de la LEC con criterio flexible en la apreciación de las identidades a que el precepto se refiere, como lo venía haciendo esta Sala en relación con el derogado artículo 1252 del Código civil. De esta concepción amplia de la cosa juzgada se hace eco ahora la LEC al enumerar las identidades que han de concurrir entre el primero y el segundo litigio; el texto del artículo 1252 citado, que consideraba necesario que "entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurre la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron", ha sido reemplazado por el artículo 222 de la LEC que, en tono más condescendiente, ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva pues, este precepto, en relación con el artículo 10 del propio texto legal, la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes, tanto de las que comparezcan y actúen en juicio como a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.*

Con la nueva normativa cobra mayor vigor la doctrina que proclama la sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 1995, considerando necesaria su aplicación a una relación como la laboral, de tracto sucesivo susceptible de planteamientos sucesivos por distintos sujetos diferentes con idéntica pretensión. No excluye el efecto de cosa juzgada material el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes, en un caso para aclarar si se produjo realmente una sucesión empresarial, a instancia de un representante de los trabajadores, y en el otro para calificar un despido pero que, para el caso de su improcedencia, el importe de la indemnización sustitutoria de la readmisión depende del factor antigüedad del trabajador, lo que a su vez está condicionado por la existencia o no de cambio de titularidad de la empresa, cuando el demandante ha prestado servicios sucesivamente para la primera adjudicataria de la contrata y para la segunda. Esto supone que en los dos litigios se ha debatido y resuelto la cuestión relacionada con la sucesión empresarial y su incidencia en las relaciones individuales de los trabajadores, es decir, hay identidad en la causa de pedir y en los sujetos litigantes, aunque

cada uno de ellos haya actuado desde la esfera de sus respectivas competencias y legitimación, pero para controvertir la misma cuestión, es decir, si de las resultas de los litigios comparados es responsable una sola empresa o ambas demandadas.

OCTAVO.- El Tribunal Supremo ha venido declarando que la aplicación del efecto de la cosa juzgada no precisa que el nuevo pleito sea una exacta reproducción de otros anteriores, sino que, pese a la ausencia de alguna de las identidades basta con que no produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionando y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio (sentencia de 29 de septiembre de 1994); la sentencia de la Sala 1ª de este Tribunal declaró que "aunque no concurran las condiciones requeridas para la procedencia de la <<exceptio rei iudicata>>, no cabe duda que los hechos sentados en el primitivo proceso son vinculantes en el segundo, toda vez que si pudieran discutirse los ya firmes, equivaldría a poder revisar subrepticamente la ejecutoria", la doctrina es abiertamente contradicha por la sentencia recurrida.

En nuestra sentencia de 23 de octubre de 1995 ya dijimos que, a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente que lo decidido -lo juzgado- en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado.

No es acertado el resultado a que llega la sentencia impugnada, al tomar como dato cierto y decisivo que se había producido una sucesión empresarial entre las empresas demandadas, para situar la antigüedad del demandante en la fecha de ingreso al servicio de la cedente, siendo así que la misma Sala, en sentencia de 10 de mayo de 2002 había declarado la inexistencia de sucesión, y es bien sabido que una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo y a los mismos efectos".

La sentencia de 14 de abril de 2005, recurso 1850/04, apreció la existencia del efecto positivo de cosa juzgada en un pleito seguido sobre incapacidad permanente absoluta, en el que se discutía la contingencia de la que derivaba, pues había sido precedido de otro en reclamación de incapacidad temporal en el que había recaído sentencia firme estableciendo la contingencia de la que derivaba la misma.

La sentencia de 28 de abril de 2006, recurso 2969/04, apreció la existencia del efecto positivos de la cosa juzgada en un pleito en el que se reclamaban salarios a cuatro empresas, alegando que existía grupo de empresas, cuando previamente había recaído sentencia, ya firme, en la que en pleito por despido se concluyó que no existía tal grupo de empresas. Razona la sentencia: " Como ya se ha apuntado poco más arriba, la norma que en la actualidad regula el efecto positivo de la cosa juzgada es el art. 222-4 de la LEC, el cual recoge los criterios sentados por la jurisprudencia anterior en orden a la interpretación del, hoy derogado, art. 1252 del Código Civil. Este art. 222-4 dispone: "Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso, vinculará al Tribunal de un proceso posterior

cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".

Es indiscutible que este precepto entra claramente en acción en el supuesto de que tratamos, dado que una vez que la sentencia del TSJ de Cataluña de 11 de junio del 2003, al resolver el pleito de despido planteado entre las mismas partes, decidió que Deltalab SA no formaba una unidad de empresa ni un grupo de empresas con las otras tres compañías mercantiles demandadas, y una vez que tal sentencia devino firme, en el presente litigio que se suscita entre las mismas partes y que tiene por objeto la reclamación de deudas salariales pendientes, dicha decisión referente a la empresa Deltalab S.A. y su no vinculación ni conexión con esas otras sociedades demandadas, se constituye y conforma como "antecedente lógico" de la solución que se tiene que adoptar en la presente litis; lo que implica, por mandato del comentado art. 222-4, que en la sentencia que ponga fin a este proceso es obligado seguir y acatar lo que decidió tal sentencia firme de 11 de junio del 2003. Se destaca, como apunta la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero del 2002, que lo que produce el efecto vinculante, no son las declaraciones de hecho ni construcciones de carácter fáctico de esa sentencia firme, sino la decisión jurídica que disponen y expresan los fundamentos de derecho y el fallo de la misma, sobre la falta de responsabilidad de Deltalab SA".

La sentencia de 13 de junio de 2006, recurso 2507/04, apreció el efecto positivo de cosa juzgada con el siguiente razonamiento: "La existencia de esta resolución ya firme plantea un problema -el del efecto positivo de la cosa juzgada de ese pronunciamiento en este proceso- que no se suscitaba en el caso de la sentencia de contraste. Este efecto ha de ser considerado porque la doctrina de la Sala -sentencias de 29 de mayo de 1995, 23 de octubre de 1995, 17 de diciembre de 1998, 23 de enero de 2002 y 20 de octubre de 2004- ha establecido que la vinculación puede producirse no sólo respecto a lo que se ha incorporado formalmente a la parte dispositiva de la sentencia, sino también respecto a todos los elementos de decisión que siendo condicionantes del fallo no se incorporan a éste de forma específica y esto es lo que sucede en el presente caso con la decisión referida a la responsabilidad empresarial, porque, aunque en el primer pleito se concreta exclusivamente a las prestaciones de incapacidad temporal en él reclamadas, es susceptible de trascender esta decisión para proyectarse sobre todos los procesos en que vuelva a surgir esta cuestión en relación con otras prestaciones. En este sentido puede citarse la reciente sentencia de 14 de mayo de 2005, que aprecia el efecto positivo de cosa juzgada en relación con la declaración de la contingencia determinante de una incapacidad permanente cuando en un pleito anterior ya se había establecido cuál era esa contingencia en la incapacidad temporal de la que derivaba el proceso de incapacidad permanente".

Como resulta de la doctrina anteriormente consignada, a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad que, de darse excluiría el segundo proceso, sino que es suficiente que lo decidido en el primer proceso, entre las mismas

partes, actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condicione, vinculándolo a lo ya fallado.

Se hace preciso examinar si concurren los elementos requeridos por el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para apreciar el efecto positivo de la cosa juzgada.

A este respecto hay que señalar que, en primer lugar, se aprecian las identidades subjetivas pues los litigantes de ambos procesos son los mismos, siendo irrelevante que en el primer pleito apareciera demandada la Asociación Madrileña de empresas de seguridad -que no lo está en el segundo- ya que parece que se trata de un error pues en el primer pleito figura dicha asociación con el anagrama AMPES y en el ahora examinado aparece como demandada la Asociación de la mediana y pequeña empresa de seguridad, -que no lo fue en el primer pleito- apareciendo asimismo bajo el anagrama AMPES.

Respecto al carácter de antecedente lógico que en este proceso presenta lo resuelto con fuerza de cosa juzgada por nuestra sentencia de 21 de febrero de 2007, recurso 33/06, hay que señalar que, tal y como se pone de relieve en la sentencia de 28 de abril de 2006, recurso 2963/04 con cita de la de 21 de enero de 2002, "lo que produce efecto vinculante no son las declaraciones de hecho ni construcciones de carácter fáctico de esa sentencia firme, sino la decisión jurídica que disponen y expresan los fundamentos de derecho y el fallo de la misma".

En el fundamento de derecho segundo, apartado 1, de la sentencia de 21 de febrero de 2007, recurso 33/06, textualmente se hace constar: "el valor de la hora extraordinaria, según el precepto -artículo 35.1 E.T.- es el que correspondería a cada hora ordinaria y este último valor hace relación no sólo al salario base, sino a todas aquellos complementos que deben integrarse en la estructura salarial (a estos complementos se referían los apartados A), B), D) y F) del artículo 5 del Decreto de 17 de agosto de 1973, de ordenación del salario) incluso, aquellos como las pagas extraordinarias que se devengan en proporción al tiempo trabajado. A partir de esta premisa es de señalar que el salario ordinario unitario y total constituye la base cuantitativa del correspondiente al de la hora extraordinaria, de modo que dividiendo el importe anual del mismo por el total de horas de trabajo anuales pactados o establecidos se obtiene la realidad de cual sea el valor de la hora ordinaria".

Versando el conflicto colectivo sometido a la consideración de la Sala sobre la forma en que ha de obtenerse el valor de la hora extraordinaria, a partir del valor de la hora ordinaria de trabajo, a tenor de lo previsto en el artículo 35.1 E.T. resulta forzoso concluir que lo resuelto en la sentencia de 21 de febrero de 2007, recurso 33/06, constituye un "antecedente lógico" del objeto de esta litis, lo que supone, en virtud de lo establecido en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en la sentencia que ponga fin a este proceso es obligado seguir y acatar lo que resolvió la precitada sentencia firme de 21 de febrero de 2007.

No se quiebra el valor de la cosa juzgada por el hecho de que sean diferentes las acciones ejercitadas en uno y otro pleito -impugnación del convenio en el recurso 33/06, conflicto colectivo en el ahora examinado- ya que no hemos apreciado el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, en el que es requisito básico la identidad de acciones, sino el efecto positivo o prejudicial, en el que lo característico es, precisamente, que las acciones no sean coincidentes ya que si lo fueran (y concurrieran las demás identidades necesarias al respecto) entraría en juego el efecto negativo de la cosa juzgada. El artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no exige tal identidad de acciones, no habiéndose tampoco exigido por la interpretación que de dicho precepto ha efectuado esta Sala, entre otras en las sentencias mencionadas en el fundamento jurídico octavo, habiéndose señalado en las mismas que "no se puede descalificar la existencia de la excepción de cosa juzgada (en su aspecto positivo) por el hecho de que los procesos puestos en comparación traten de acciones diversas".

**NOVENO.-** Los recurrentes Alternativa Sindical de Trabajadores de Empresas de Seguridad Privada y de Servicios Afines, Sindicat Independent Professional de Vigilancia i Serveis de Catalunya, Confederación Intersindical Galega (CIG), Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) y Unión Sindical Obrera (USO) denuncian infracción del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que interpreta dicho precepto.

Aducen, en esencia, los recurrentes que el mismo debió ser interpretado de conformidad con lo establecido respecto a la forma de cálculo de la hora ordinaria para fijar el valor de la hora extraordinaria en la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007, recurso 33/06.

El motivo ha de tener favorable acogida ya que si la cuestión relativa a la forma de cálculo del valor de la hora ordinaria de trabajo, para fijar el valor de la misma hora extraordinaria para los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Estatal de empresas de seguridad para los años 2005-2008, ha sido resuelto por una primera sentencia -de 21 de febrero de 2007, recurso 33/06- que ganó firmeza, al plantearse de nuevo la misma cuestión, necesariamente, por el efecto positivo de la cosa juzgada, ha de dársele la misma solución que la adoptada en aquella sentencia firme.

La citada sentencia contiene los siguientes razonamientos: *"El examen adecuado de la cuestión exige hacer las matizaciones que se pasan a exponer, tanto sobre el salario, como sobre la forma de retribución de las horas extraordinarias.*

*1.- En relación al salario, la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 establecía un concepto amplio, considerando que el mismo (artículo 31) comprendía "la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador por sus servicios u obras, no sólo las que reciba en metálico o en especie, como retribución directa o indirecta de su labor, sino también las indemnizaciones por espera, por impedimento e interrupción del trabajo, cotizaciones del patrono para los seguros y bienestar, beneficio a los*

herederos y conceptos semejantes.". Similar conceptualización del salario se mantiene en la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, si bien esta ley, en forma más estricta, excluyó del salario los costes salariales, que, aún obligatorios, derivan de la relación yuxtapuesta de la seguridad social.

En el mismo sentido el Decreto 2380/73, de 17 de agosto sobre ordenación del salario -hoy derogado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, aunque mantuvo su vigencia hasta esta fecha por la regulación contenida en la disposición final cuarta del Estatuto de los Trabajadores- describió el salario (artículo 2) de la forma siguiente "Tendrán la consideración legal del salario, sin otras excepciones que las señaladas en el artículo siguiente, las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como trabajo". Las excepciones a que alude el precepto se enumeran en el artículo 3, como las correspondientes a indemnizaciones y suplidos, prestaciones e indemnizaciones a la seguridad social e indemnizaciones correspondientes a traslado, suspensión o despidos. El vigente artículo 26 ET reprodujo, casi literalmente, el precepto reglamentario al preceptuar (artículo 26.1) que "se consideraran salario la totalidad de las prestaciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena que retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración o los periodos de descanso computables como de trabajo". El apartado 2 únicamente excluye de la "consideración de salario" las indemnizaciones o suplidos, las prestaciones e indemnizaciones de seguridad social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. De todas estas "descripciones" legales del salario cabe deducir unas notas comunes, cuales son su "función remuneratoria como contraprestación debida por la empresa al trabajo prestado; su carácter de "totalidad", de donde deriva la presunción del carácter salarial de toda percepción económica que reciba el trabajador del empresario como remuneración directa o indirecta de sus servicios, y la "indisponibilidad" de las partes para fijar su valor por debajo de lo establecido por el orden normativo vigente.

La especificación, que hace el artículo 35.1 ET de que "el valor de las horas extraordinarias en ningún caso podrá ser inferior a la hora ordinaria", por su propia dicción literal no permite a la autonomía colectiva fijar ese valor en relación únicamente a uno de los elementos componentes de la estructura salarial, cuál es el salario base. De haberlo querido el legislador así lo hubiera dispuesto, como acaeció en su día, en otros preceptos hay modificaciones; así, p.ej. el artículo 25 ET, disponía, en su redacción originaria, respecto a los incrementos económicos por antigüedad que los mismos "se calcularían sobre el salario base" e igual referencia contenía el artículo 3.4.b) que al regular la retribución por nocturnidad disponía que "tendrán la retribución específica incrementada como mínimo en un 25 por 100 sobre el salario base".

La expresión legal "en ningún caso" conduce al "ius cogens" y, por tanto, el principio de jerarquía normativa o de legalidad (art. 9 de la Constitución) y el laboral de "norma mínima" imponen el inexorable respeto a este mínimo. El valor de la hora extraordinaria, según el precepto, es el que correspondería a cada hora ordinaria, y este último valor hace relación no sólo al salario base, sino a todos aquellos complementos que deben integrarse en

la estructura salarial (a estos complementos se referían los apartados A), B), D) y F) del artículo 5 del derogado Decreto de 17 de agosto de 1973 de Ordenación de Salario) incluso, aquellos como las pagas extraordinarias que se devengan en proporción al tiempo trabajado. A partir de esta premisa, es de señalar que el salario ordinario unitario y total constituye la base cuantitativa del correspondiente al de la hora extraordinaria, de modo que dividiendo el importe anual del mismo por el total de horas de trabajo anuales pactados o establecidos se obtiene la realidad de cuál sea el valor de la hora ordinaria.

2.- Señalado, pues, que el salario, en nuestro ordenamiento jurídico, se configura, en concepción unitaria, como la retribución total que percibe el trabajador del empresario en dinero o en especie, directa o indirectamente, por la prestación de servicios profesionales, la siguiente materia a examinar es si la referencia que hace el artículo 35.1 apartado segundo ET a que la cuantía de las horas extraordinarias "en ningún caso podrá ser inferior a la hora ordinaria", permite a la autonomía colectiva, fijar el valor en relación con el salario base, que, en la estructura salarial que examinamos, constituye solo una parte de la retribución que recibe el trabajador del empleador por la prestación de sus servicios profesionales."

Dicha sentencia continua: "Ahora bien, como afirma la STS de 28 de noviembre de 2004 es "evidente que la situación que se contempla en la nueva redacción del art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores es diferente a la del texto primitivo que la nueva vino a rectificar, teniendo a la vista la interpretación que de aquel precepto había realizado la Jurisprudencia, en doctrina adecuada cuando existía un recargo extraordinariamente oneroso, y que no hay razón para mantener cuando la imposición legal de ese precio excesivo ha desaparecido", por lo que concluye esta sentencia que "Actualmente, no hay razón para dejar de interpretar y aplicar en su sentido literal el art. 35.1 del ET en cuanto al mandato de que el valor pactado de cada hora extraordinaria "en ningún caso" podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Se trata de una norma legal imperativa y de derecho necesario, que garantiza a los trabajadores la indisponibilidad de los derechos que la misma les confiere (art. 3.5 del ET), y ello aun cuando la disposición se establezca en convenio colectivo, pues 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 respeto a las leyes".

TERCERO.- 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 artículos 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".*

Procede, por tanto en aplicación de la doctrina anteriormente consignada la estimación de los recursos de casación formulados -el de la Confederación Intersindical Galega en su petición subsidiaria- con excepción del interpuesto por la Federación de actividades diversas de Comisiones Obreras, casando la sentencia recurrida y desestimando la demanda formulada.

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

## FALLAMOS

Estimamos los recursos interpuestos por Alternativa Sindical de Trabajadores y de Empresas de Seguridad Privadas y Servicios Afines, Sindicat Independent Professional de Vigilancia i Serveis de Catalunya, Confederación Sindical Galega (CIG), en su petición subsidiaria, Federación

de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) y Unión Sindical Obrera (USO) contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2008, autos 111/07, seguidos a instancia de Asociación Profesional de Empresas de Servicios de Seguridad Privada (Aproser) contra UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, (FES- UGT), UNIÓN SINDICAL OBRERA (F.T.S.P.USO), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALLEGA, EL SINDICATO AA.DD.-CC.OO, FEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD (FES), ASOCIACIÓN DE LA MEDIANA Y PEQUEÑA EMPRESA (AMPES), ASSOCIACIÓ CATALANA D'EMPRESSES DE SEGURETAT (ACAES), SINDICATO ALTERATIVA SINDICAL Y SINDICATO SINDICAT INDEPENDENT PROFESSIONAL DE VIGILANCIA I SERVEIS DE CATALUNYA sobre Conflicto Colectivo. Casamos la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos y desestimando la demanda formulada por la Asociación Profesional de Empresas de Servicios de Seguridad Privada (Aproser). Se desestima el recurso formulado por la Federación de Actividades diversas de Comisiones Obreras. Sin imposición de 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 la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.