



Roj: **STSJ CAT 1982/2016 - ECLI: ES:TSJCAT:2016:1982**

Id Cendoj: **08019340012016101368**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **02/03/2016**

Nº de Recurso: **243/2016**

Nº de Resolución: **1392/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIX VICENTE AZON VILAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8058962

mm

Recurso de Suplicación: 243/2016

ILMO. SR. DANIEL BARTOMEUS PLANA

ILMO. SR. AMADOR GARCIA ROS

ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

En Barcelona a 2 de marzo de 2016

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 1392/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por Segur Ibérica, S.A. y Ombuds Compañía de Seguridad, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 12 Barcelona de fecha 30 de junio de 2015 dictada en el procedimiento nº 1288/2013 y siendo recurridos Emiliano , Justiniano , Prosegur Compañía de Seguridad, S.A. y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FÉLIX V. AZÓN VILAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclam. derechos contrato trabajo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2015 que contenía el siguiente Fallo:

"Desestimando la excepción de caducidad formulada por Ombuds Compañía de Seguridad S.A., ESTIMO en parte la demanda interpuesta y reconociendo el Derecho de los actores a percibir el complemento de disponibilidad mientras permanezcan en el puesto de trabajo de Responsable del Servicio a RTVE

1º CONDENO a SEGUR IBERICA S.A. a abonar a abonar Don. Emiliano la cantidad de 14.291,72 euros y Don. Justiniano la cantidad de 13.945,95 euros por los conceptos determinados en esta Sentencia, más el 10 por 100 del interés por mora.



2º CONDENO a OMBUDS COMPAÑIA DE SEGURIDAD S.A. a abonar Don. Emiliano la cantidad de 1.148,43 euros y Don. Justiniano la cantidad de 1.148,43 euros por los conceptos determinados en esta Sentencia más el 10 por 100 del interés por mora.

3º ABSUELVO a PROSEGUR COMPAÑIA DE SEGURIDAD S.A.

4º ABSUELVO al FONDO DE GARANTIA SALARIAL sin perjuicio de las responsabilidades que le correspondan en virtud del art. 33 ET ."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"Primero.- Don. Emiliano , con DNI NUM000 ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa Segur Ibérica S.A. con antigüedad desde 13/1/1983, categoría profesional Vigilante de Seguridad y un salario bruto mensual de 3.617,40, con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias.

Don. Justiniano , con DNI NUM001 ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa Segur Ibérica S.A. con antigüedad desde 20/12/1982, categoría profesional Vigilante de Seguridad y un salario bruto mensual de 3.589,10, con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias.

Segundo.- Los actores han venido prestando servicios como responsables del servicio de vigilancia y seguridad en las instalaciones de la Corporación de RTVE, por cuenta de diversas empresas adjudicatarias del servicio, a saber, de la empresa Vigilantes Seguridad Exprés hasta 31/8/2010, de la empresa Prosegur Compañía de Seguridad S.A. hasta 30/11/2012, de la empresa Segur Iberica S.A. hasta 14/12/2014 y a partir de 15/12/2014 de la empresa Ombuds Compañía de Seguridad S.A.

Tercero.- Desde el inicio de la prestación del servicio en las instalaciones de la Corporación de RTVE los actores han venido percibiendo mensualmente un complemento de importe equivalente a 20 horas extraordinarias, que retribuía la disponibilidad para el servicio Los demandantes han percibido dicho complemento durante la relación laboral mantenida con las empresas Vigilantes Seguridad Exprés y Prosegur Compañía de Seguridad S.A. bajo distintas denominaciones.

Cuarto.- Ni la empresa Segur Iberica S.A. ni la empresa Ombuds Compañía de Seguridad S.A. han abonado a los actores el complemento de disponibilidad.

Quinto.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Trabajo de las empresas de Seguridad (Código de Convenio n.º: 99004615011982).

Sexto.- Consta intento de conciliación ante la Secció de Conciliacions de la Delegació Territorial de Barcelona del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, cuyo acto resultó sin avenencia."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Se articula el recurso por las representaciones de SEGUR IBERICA S. A. Y de OMBUDS COMPAÑIA DE SEGURIDAD S.A. sobre la base de dos motivos en ambos recursos: en el respectivo primero, formulados al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , se pretende la revisión de los hechos declarados probados; y en el segundo motivo de ambos recursos, formulados al amparo de la letra c) de la misma norma, se alega la infracción del artículo 26.3 y del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), así como del artículo 14.B2.1 del convenio colectivo general de empresas de seguridad. Ambos recursos han sido impugnados por la representación de Emiliano y Justiniano .

La demanda origen del presente procedimiento pretendía el reconocimiento del derecho de los demandantes a percibir el complemento salarial por estar disponible para la empresa en todo momento y específicamente a percibir las cantidades derivadas de tal concepto salarial.

La sentencia ahora recurrida reconoce el derecho a percibir el complemento salarial reclamado y condena al pago de las cantidades reclamadas..

SEGUNDO .- En cuanto a la pretendida modificación de hechos probados que propone el recurso, debe en primer lugar razonarse que, con carácter general, el órgano que conoce del recurso extraordinario de suplicación no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, pues es al Juez de la instancia a quien corresponde apreciar los elementos de convicción para establecer la verdad procesal intentando que la misma



se acerque lo más posible a la verdad material. Ahora bien, tal principio debe ser matizado en el sentido del Tribunal ad quem está autorizado para revisar las conclusiones fácticas cuando los documentos o pericias citados por la parte recurrente pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en el que ha incurrido el Juzgador a quo, o la irracionalidad o arbitrariedad de sus conclusiones: De otra forma carecería de sentido la previsión del artículo 193.b) de la ley procesal.

Además, debe señalarse que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión y claridad cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultar en otras superiores.

6º.- Que no se trate de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Entrando a analizar las pretensiones concretas es necesario señalar que ambos recursos formulan idénticas propuestas por cuanto se refiere a la modificación de los hechos declarados probados. Así ambos recursos proponen que en el hecho declarado probado tercero de la sentencia se sustituya la expresión " *como responsables del servicio de vigilancia y seguridad* " por la frase " *como vigilantes de seguridad* ". Para ello se cita la documentación que se suscribió en el momento de subrogación, en concreto los respectivos certificados que elaboró PROSEGUR CIA DE SEGURIDAD S.A. (folios 484 y 493) en los que se da cuenta a la nueva adjudicataria de los datos profesionales de ambos trabajadores, en particular de los pluses salariales; también cita como fundamento los documentos firmados entre ambos trabajadores y la nueva empresa SEGUR IBERICA S.A. (folios 485 y 494). En la Sala entendemos que dichos documentos no son demostrativos del pretendido error que habría cometido la sentencia, pues si bien es cierto que en el documento suscrito por ambas empresas no consta ninguna referencia a la retribución de los demandantes como responsables del servicio de vigilancia y seguridad, también lo es que en el documento se hace constar una " *jornada mensual 150 horas* ", y si tenemos en cuenta que la sentencia se fundamenta en que dicha responsabilidad se les viene abonando mediante el reconocimiento de 20 horas extraordinarias mensuales, con su correspondiente retribución, resulta poco relevante el documento de transmisión, máxime tras la constatación de que en los cuadrantes mensuales se les viene reconociendo esas 20 horas extraordinarias, que luego dan lugar a la correspondiente retribución. A su vez los documentos suscritos entre los trabajadores y la nueva empresa no hacen referencia alguna al modelo retributivo y, si bien es cierto que se señala que la categoría profesional es la de vigilante seguridad, no debemos dar ninguna trascendencia a ello pues esa es precisamente la categoría que siempre han tenido reconocida sin que haya supuesto obstáculo alguno para recibir la retribución debatida por la función específica de *responsables del servicio* .

También proponen ambos recursos la modificación del hecho declarado probado tercero para que se sustituya la frase " *han venido percibiendo mensualmente un complemento de importe equivalente a 20 horas extraordinarias* " por la frase " *han venido percibiendo los meses que se encontraban disponibles un complemento* " (según propuesta del recurso de OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A.) o por la frase " *han venido percibiendo un complemento de importe equivalente a 20 horas extraordinarias cuando efectivamente realizaban esas funciones* " (propuesta del recurso de SEGUR IBERICA S.A.), las cuales evidencian un idéntico contenido ideológico consistente en que la retribución discutida es un complemento de puesto de trabajo que tan sólo se percibiría cuando se realizaban efectivamente dichas tareas (argumento que no deja de ser



contradictorio con el del motivo anterior, y que haría innecesario el mismo). El primero de dichos recursos sustenta su propuesta en el hecho de que existen nóminas en las que no se refleja esa retribución y cita al efecto la obrante al folio 294 de autos (correspondiente a agosto de 2.012): pero resulta que una vez comprobada dicha nómina contiene una retribución por 74 horas extraordinarias, que -como se viene diciendo- incluirían la retribución discutida: y si comprobamos el cuadrante del mes anterior (folio 362) se constata que en el mismo resultan un total de 224 horas trabajadas durante el mes, que una vez se les reducen las 150 horas de trabajo ordinario (folio 484) restan 74, y -lo que resulta definitivo- en el cuadrante se incluyen 20 horas de trabajo bajo el rotulo " TVE - disponibilidad " dentro del total. El segundo de los recursos no cita ni un solo documento en el que se sustentaría el supuesto error de la sentencia, y se limita a señalar con carácter genérico que " *de la documentación que obra en autos se demuestra que no siempre y no en todos los meses* " se han percibido cantidades que además no habrían sido fijas: pero nuevamente hemos de recordar que el hilo argumental de la sentencia consiste precisamente en que el complemento se abonaba a través de la retribución de 20 horas extraordinarias que se incluían en los cuadrantes para añadirlas a la realmente realizadas; de modo que la prueba no está vinculada tanto a las nóminas en sí mismas, cuanto a la relación mensual del cuadrante horario y su traslación a la nómina. Y no habiendo conseguido ninguno de ambos recursos demostrar de forma clara el error de la sentencia, no podemos aceptar las propuestas de modificación.

Ello implica la desestimación de los motivos del recurso y el mantenimiento de la declaración de hechos probados en sus propios términos.

TERCERO .- En los motivos formulados al amparo del artículo 193.c) LRJS nuevamente coinciden ambos recursos, elaborando un primer motivo en el que se denuncia la infracción del artículo 26.3 y otro posterior en el que se denuncia la interpretación errónea del artículo 44 ET : las propuestas serán analizados conjuntamente.

Respecto al artículo 26 ambos recursos dan por supuesto que ha prosperado la modificación de los hechos declarados probados, y en razón a ello sostienen que tratándose de un plus de puesto de trabajo no puede mantenerse el derecho de los trabajadores a percibir dicha retribución sin haber demostrado que han realizado las funciones de responsables de servicio.

Pero, al margen de que no prosperó la propuesta relativa a la modificación, es necesario señalar que la sentencia -en su razonamiento jurídico quinto, párrafo segundo- declara expresamente que " *los actores han venido prestando servicios como responsables del servicio de vigilancia y seguridad en las instalaciones de la Corporación de RTVE, por cuenta de diversas empresas adjudicatarias del servicio, a saber, de la empresa VIGILANTES SEGURIDAD EXPRESS hasta el 31 de agosto de 2010, de la empresa PROSEGUR CIA DE SEGURIDAD S.A. hasta el 30 de noviembre de 2012, de la empresa SEGUR IBÉRICA S.A. hasta el 14 de diciembre de 2014 y a partir del 15 de diciembre de 2014 de la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A.* ", para añadir más adelante -párrafo tercero- que ha resultado " *acreditado que los actores continúan desempeñando las mismas funciones de responsables del servicio de RTVE , resultando inherente a dicho puesto la disponibilidad en el servicio...*" ambas afirmaciones con evidente valor de hechos declarados probados. Y resulta que ninguno de los recursos ha discutido dichas afirmaciones, más allá de cuanto pudiera entenderse implícito en la propuesta de modificación de los hechos declarados probados.

En tales condiciones, manteniéndose las afirmaciones fácticas de la sentencia, contenidas tanto en los hechos declarados probados, como en los razonamientos jurídicos, con idéntico valor, resulta evidente que nos hallamos vinculados por ellas en el momento de analizar la adecuación del fallo con el resultado de la prueba y de la normativa aplicable, máxime cuando se trata éste de un recurso de carácter extraordinario. No ponemos en cuestión que se trata de un plus vinculado al puesto de trabajo, y que por tanto tan sólo se percibe cuando se realiza materialmente la función o tarea, pero a los efectos de este proceso, hemos de partir de un elemento definitivo, cual resulta ser que ha quedado acreditado que hasta el momento de la interposición de la demanda y hasta ser dictada sentencia, los demandantes han realizado las tareas propias de responsables de servicio, y ello implica que debe serles reconocido el derecho a percibir la retribución correspondiente. Lo que ocurra en momentos posteriores queda al margen de esta sentencia, y -en su caso- deberá ser ventilado en otro proceso.

Respecto al artículo 44 ET ambos recursos razonan que el mismo no es de aplicación, pues no se trata de una sucesión de empresa regulada por la norma estatutaria, sino de una subrogación empresarial regulada por el artículo 14, apartado B2, del convenio colectivo aplicable que expresamente establece que la nueva empresa adjudicataria del servicio " *deberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocidos en su anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que estos provengan de pactos o acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento, junto con la documentación pertinente, o que el trabajador pueda demostrar* ". Y concurre la circunstancia de que siendo los recursos parcialmente correctos, concretamente cuando señalan que es de aplicación el artículo 14 de la norma convencional, yerran empero en sus conclusiones pues precisamente nos hallamos en un supuesto en el que -al margen de que la anterior empresa haya, o



no, transmitido la adecuada información- los trabajadores demandantes *han podido demostrar su derecho* a percibir una determinada retribución cuando han realizado unas determinadas tareas o funciones.

Y en el supuesto de que haya existido algún tipo de deficiencia en la información transmitida por la anterior empresa, ello no es una cuestión que pueda afectar a los derechos de los trabajadores "transmitidos" a la nueva adjudicataria, sino que es una cuestión ajena a este debate y que en su caso deberá ventilarse entre ambas empresas y -de ser necesario- por órganos judiciales del orden civil y no del orden social.

En definitiva, nos encontramos con que los demandantes ha conseguido demostrar que venían percibiendo un plus de puesto de trabajo por realizar funciones de responsables de servicio, también que dichas funciones han venido realizándose hasta el momento del acto del juicio, y ello implica por aplicación de la normativa legal y convencional vigente y aplicable, que las empresas deben abonar las cantidades reclamadas, precisamente en los términos fijados por la sentencia recurrida: y ello conlleva la desestimación de ambos recursos.

La desestimación de los recursos, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, implica la expresa imposición de condena en las costas del recurso a las partes recurrentes vencidas en el mismo, condena que incluye el pago de la Minuta de Honorarios del Letrado de la parte impugnante, en la cuantía que esta Sala, y dentro de los límites legales, señala en 600 euros para cada una de las recurrentes. Se decreta también, como preceptúa el artículo 204.4º del citado texto procesal, la pérdida del depósito constituido para recurrir que, una vez sea firme la sentencia, se ingresará al Tesoro público; y por fin, se condena a las mismas partes vencidas a la pérdida de las cantidades consignadas a las que se dará el destino legal.

FALLAMOS

Que debemos desestimar, y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por SEGUR IBÉRICA S.A. y OMBUDS COMPAÑIA DE SEGURIDAD S.A. frente a la sentencia de fecha 30 de junio de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Barcelona en autos 1288/2013, seguidos a instancia de Emiliano y Justiniano contra las empresas ahora recurrentes y contra PROSEGUR COMPAÑIA DE SEGURIDAD S.A. y la participación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida en todos sus extremos.

Firme que sea la presente resolución procedáse a ingresar en el Tesoro Público el depósito realizado, y manténgase el aseguramiento hasta que la empresa decida cumplir voluntariamente con la condena, o hasta que en cumplimiento de la misma se resuelva por el Juzgado realizar el mismo.

Se condena a las empresas a que abonen a la parte actora en concepto de costas por la intervención de su letrado en este juicio, la cantidad de 600 euros, en la proporción del 50% cada una.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho



rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDO