



Roj: **STS 4744/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4744**

Id Cendoj: **28079140012017100932**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2017**

Nº de Recurso: **860/2016**

Nº de Resolución: **985/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 860/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 985/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 12 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Securitas Seguridad España, S.A. representada y asistida por el letrado D. Eduardo Luis Paredes Ramírez contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) en recurso de suplicación nº 1947/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de junio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Málaga, en autos nº 883/2014, seguidos a instancias de D. Aureliano contra Seguridad Integral Secoex, S.A., Securitas Seguridad España, S.A. y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Aureliano representado y asistido por el letrado D. José Podadera Valenzuela, y la empresa Seguridad Integral Secoex, SA representada por el procurador D. Fernando Pérez Cruz y asistida por el letrado D. Pedro del Pino Robles.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de junio de 2015, el Juzgado de lo Social nº 2 de Málaga, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, en la demanda de Despido interpuesta por D. Aureliano, contra SEGURIDAD INTEGRAL SECOEX S.A. y SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA S.A., siendo parte interesada el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, se producen los siguientes pronunciamientos:



- 1.- Se estima la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por SEGURIDAD INTEGRAL SECOEX S.A., absolviéndola de las pretensiones deducidas en su contra por la demanda actora.
- 2.- Se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA S.A.
- 3.- Debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto el actor con efectos desde el 24-07-2014, condenando a la demandada SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA S.A., a estar y pasar por dicha declaración y, a su opción, que deberán realizar en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente resolución, a readmitir al actor en el mismo puesto y condiciones de trabajo que ostentaba antes de producirse el despido, o abonarle la indemnización de CATORCE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO ? CON SESENTA CÉNTIMOS DE ? (14.295,60 ?). Si la empresa optara por la readmisión, deberá igualmente abonar los salarios de tramitación devengados por la actora desde la fecha del despido. Si optase por el abono de la indemnización, se entenderá extinguida la relación laboral a la fecha del cese efectivo en el trabajo.
- 4.- Se condena al FGS a estar y pasar por las anteriores declaraciones.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«PRIMERO.- D. Aureliano con DNI NUM000 , venia prestando sus servicios en la Contrata del Servicio de Seguridad de la Delegación del Gobierno para los órganos judiciales de Málaga y provincia, ininterrumpidamente desde el 14/06/2008, con la categoría profesional de Vigilante de Seguridad, contrato fijo a tiempo completo. Retribución que percibía en 15 pagas anuales, mediante ingreso en cuenta bancaria. El actor prestaba sus servicios en la Ciudad de la Justicia de Málaga y realizaba su trabajo en turno rotatorios.

SEGUNDO.- El salario que venia percibiendo el trabajador a efectos de despido, incluido el prorrateo de gratificaciones extraordinarias, ascendía a 1.732,87 ?/ mensuales correspondientes a la media de retribuciones del año anterior al despido, incluidos los conceptos Plus de Transporte y vestuario.

TERCERO.- En fecha 24/07/2014 se produjo la subrogación en dicho servicio, pasando de SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA S.A. (en adelante SECURITAS), a SEGURIDAD INTEGRAL SECOEX S.A. (en adelante SECOEX). El actor recibió comunicación escrita de Securitas, fechada en 18/07/2014, por la cual se le informaba de que con fecha 24/07/2014 su relación laboral quedaría subrogada con la nueva adjudicataria del servicio, Seguridad Integral SECOEX S.A.

CUARTO.- No obstante lo anterior, pese a que en fecha 21/07/2014 por la nueva adjudicataria se le entregó el correspondiente uniforme y se le dijo que sería subrogado (igual que todo el personal del servicio), el 24/07/2014, la nueva titular de la contrata (SECOEX) no permitió al actor la continuación de la prestación laboral, y lo eliminó del cuadrante alegando (verbalmente) que le sobraban dos trabajadores. Decisión comunicada formalmente al actor mediante carta datada el 25/07/14 (f. 45).

QUINTO.- El pliego de Prescripciones Técnicas por el que se regía la ejecución del contrato de servicio de vigilancia para los órganos judiciales de Málaga y provincia, obra incorporado a los folios 81 y ss de los autos, que se da por reproducido en aras a la brevedad. El total anual de horas de vigilancia contratadas ascendía a 59.027,50 horas/año mas una bolsa de horas suplementarias, hasta un máximo de 4.500 horas anuales (f. 88). De ellas, 33.490,25- horas/anuales correspondían al servicio de vigilancia a prestar en la Ciudad de la Justicia y 988 horas/anuales al servicio de vigilancia en el TSJA (f. 85-86). El contrato tenía una duración de 24 meses, desde el 10/07/14, al 10/07/16.

SEXTO.- El contrato adjudicado en su día a SECURITAS, comprendía un total de 74.706 horas/anuales, de las que 48.357 h/anuales de vigilancia en la Ciudad de la Justicia y 617,50 horas/anuales en el TSJA (f. 76-77). La jornada ordinaria anual de trabajo establecida en el CC de aplicación, ascendía a 1.782 horas.

SEPTIMO.- El listado de personal subrogable aparecía relacionado en el anexo del referido pliego, obrante a los folios 97 a 99 de los autos, que se dan igualmente por reproducidos.

OCTAVO.- La demandada SECOEX S.A. se subrogó en la condición de empleados de 22 trabajadores adscritos al centro de trabajo de la "Ciudad de la Justicia" en Málaga, de los 25 que con anterioridad prestaban dicho servicio, según detalle que obra a los folios 126-127 de los autos, que se dan por reproducidos en aras a la brevedad, no subrogándose en el caso de otros 3, entre ellos, el hoy actor. Extremo que puso en conocimiento de la empresa saliente (SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA S.A.). NOVENO.-En contestación a la referida comunicación, Securitas respondió el 23/07/14, que la bolsa de 4.500 horas le permitía subrogarse igualmente en los citados trabajadores. (f. 133).



DECIMO.- En contestación de fecha 24/07/14, SECOEX procedió a la subrogación de uno de los trabajadores inicialmente excluido (Feliciano), lo que totalizaba un total de 23 trabajadores subrogados de la Ciudad de la Justicia, manteniendo su negativa a la subrogación de los otros dos. (f. 135).

UNDECIMO.- Con fecha 20/01/15 fue dictada sentencia (no firme) referida al despido de la compañera del hoy actor, del tenor que obra a los folios 163 y ss de los autos, que se da por reproducida en aras a la brevedad.

DECIMO SEGUNDO- El 26/08/14 se celebró el preceptivo intento de conciliación ante el CMAC, a resultas de papeleta interpuesta el 06/08/14 (f. 6).

DECIMO TERCERO.- El 01/09/14 tuvo entrada en el Juzgado Decano, la demanda que da origen a las presentes actuaciones, interesando el dictado de sentencia por la que se aclare la improcedencia del despido y se condene a las empresas demandadas a la readmisión del actor en su mismo puesto y condiciones y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la readmisión, o a su elección, al abono de la correspondiente indemnización fijada de acuerdo con lo previsto en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores y Disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012 .»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el representante legal de Securitas Seguridad España, S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, dictó sentencia en fecha 21 de enero de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «I.- Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por Securitas Seguridad España, S.A., y se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Málaga, de 5 de junio de 2015 . II.- Se impone a Securitas Seguridad España, S.A., el pago de las costas, que comprenderán los honorarios de los letrados don José Podadera Valenzuela y don Pedro del Pino Robles, sin que dichos honorarios puedan superar la cantidad de mil doscientos euros (1.200,00 ?) por cada uno. III.- Se le condena, así mismo, a dicha sociedad la pérdida del depósito para recurrir, que se ingresará en el Tesoro Público; y a la pérdida de la cantidad objeto de condena, a la que se le dará el destino que corresponda.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la representación procesal de Securitas Seguridad España, S.A. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 6 de junio de 2014, (rec. suplicación 872/14).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, dado traslado a las partes recurridas para formalizar la impugnación, la empresa Secoex manifestó su voluntad de no impugnar el recurso, solicitando la estimación del mismo, por el recurrido D. Aureliano se presentó escrito de impugnación al recurso, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 12 de diciembre de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Se recurre en unificación de doctrina la STSJ Andalucía/Málaga de fecha 21 de enero de 2016 (rec. 1947/2015), que confirma la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los Málaga (autos 883/2014), y en la que se había declarado la improcedencia del despido de que fue objeto el actor por el que se accionaba frente a Securitas Seguridad España, SA y Seguridad Integral Secoex SA.

2.- La cuestión suscitada en trámite de Suplicación y ahora en casación unificadora es la posible inclusión en el salario regulador -a efectos de salarios de tramitación y cálculo de la indemnización- de las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de pluses de vestuario y transporte. Cuestión a la que la sentencia de instancia primero y la de Suplicación después dieron respuesta positiva, por entender que si bien en principio tales pluses no tienen carácter salarial, dado que su finalidad sería compensar al trabajador por lo gastos que le ocasiona el desplazamiento al lugar de trabajo [plus de transporte] o por la utilización de una determinada indumentaria en el desempeño de su puesto de trabajo [plus de vestuario], pero que sin embargo tienen carácter salarial y son computables cuando se devengan de manera fija y con independencia de las situaciones que debieran dar lugar a su gasto, por abonarse en quince pagas y con independencia -respectivamente- de la asistencia al trabajo y o de la mayor o menor distancia existente entre el domicilio del trabajador y de que el acredite los gastos para la adquisición y conservación del vestuario.

3.- El criterio se cuestiona en unificación de doctrina, alegándose infracción de los arts. 26 ET y 72 del Convenio Colectivo de Empresas de Vigilancia y Seguridad , y aportando de contraste la STSJ Asturias 06/06/14 (rec. 872/14). Dicha sentencia versa sobre despido de un Vigilante de Seguridad que también prestaba servicios para la ahora recurrente, y en la que la Sala del Principado llega a la opuesta conclusión de que los cuestionados pluses no ostentan naturaleza salarial ni deben ser tenidos en cuenta para determinar el salario regulador



de las consecuencias del despido. Ha de estimarse que entre las sentencias comparadas (la recurrida y la de contraste) existe la contradicción requerida como presupuesto de admisibilidad del recurso conforme al art. 219 LRJS, exigiendo que la discordancia entre las resoluciones se manifieste en su parte dispositiva, al contener pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientemente, SSTs 08/02/17 -rcud 227/15-; 23/02/17 -rcud 1166/15-; y 23/02/17 -rcud 1171/15-).

Superado el requisito de la contradicción, procede examinar los motivos del recurso relativos al fondo.

SEGUNDO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso, ya ha sido tratada por la Sala en numerosas ocasiones, en las que con carácter general hemos mantenido que la naturaleza -salarial o extrasalarial- de los pluses de transporte y vestuario, dependerá -al margen de la denominación que las partes le hayan dado en el Convenio- de si tales conceptos remuneran o no de forma efectiva el gasto de transporte o de mantenimiento de vestimenta profesional del trabajador, «sin que pueda deducir de forma automática la pretendida naturaleza salarial de la forma de abonarlos todos los meses, incluso el de vacaciones, pues ello no denota sin más la inexistencia de los gastos que conceptualmente remunerar tales complementos» (entre ellas, SSTs 16/04/10 -rco 70/09-; 18/09/12 -rcud 4486/11-; 02/10/12 -rcud 3509/11-; 19/12/12 -rcud 1033/12-; 11/02/13 -rcud 898/12-; 19/01/16 -rcud 2505/14-; 03/02/16 -rco 3166/14-; 05/07/16 -rcud 2294/14- y 03/05/17 -rcud 3157/15-).

2.- Como señalamos en la última citada, en la que la cuestión litigiosa es la misma, la sentencia designada de contraste asimismo es la misma, y afecta a la misma empresa: " (...) *analizando el art. 72 del Convenio Colectivo, hemos sostenido que la simple lectura del precepto transcrito trasluce la naturaleza de compensación de gastos que se asigna a los complementos discutidos y, por ello -conforme al art. 27.2 ET- es innegable su carácter extrasalarial, porque tal calificación resulta evidente conforme los cánones interpretativos de literalidad e intencionalidad establecidos en el art. 1281 CC, y es avalada por la publicación del Convenio sin que la autoridad laboral - art. 90 ET- hubiese hecho tacha alguna de ilegalidad. Y para desvirtuar esta conclusión no bastan meros extremos formales [cuantía fija; forma de pago en quince mensualidades; retribución en vacaciones], puesto que precisamente para no tener que justificar el gasto se convino en señalar una cuantía en cómputo anual a percibir luego mensualmente a través de quince pagas (SSTs 21/12/12 -rcud 897/12-; 18/09/12 -rcud 4486/11-; 02/10/12 -rcud 3509/11-; 10/10/12 -rcud 4384/11-; 19/12/12 -rcud 1033/12-; 21/12/12 -rcud 897/12-; 06/02/13 -rcud 1148/12-; 11/02/13 -rcud 898/12-; 19/01/16 -rcud 2505/14-; 03/02/16 -rcud 3166/14-; y 05/07/16 -rcud 2294/14-).*

3.- *Ciertamente que la decisión recurrida hace una afirmación que parece ensombrecer nuestras anteriores reflexiones, en tanto que para justificar la naturaleza salarial que se atribuía a los pluses en cuestión se dice -FJ Segundo, in fine- que «la propia empresa recurrente ha cotizado a la Seguridad Social por los indicados pluses de vestuario y transporte, a pesar de que legalmente no estaría obligado ello si realmente se tratase de pluses de naturaleza extrasalarial que viniesen a compensar los gastos ocasionados por el desempeño de la actividad laboral». Y si bien con carácter general hemos sostenido que las afirmaciones fácticas que se hagan en la fundamentación jurídica de la sentencia, pese a su indebida ubicación procesal, han de tener tratamiento procesal de hecho probado (así, SSTs 07/04/89 -RIL- Ar. 2944; 17/10/89 -RIL- Ar. 7284... 02/06/16 -rco 136/15-; 22/06/16 -rco 250/15-; y SG 26/10/16 -rcud 2913/14-), sin embargo tampoco cabe desconocer que -conforme a nuestra misma doctrina- esta excepcional «irregularidad se aceptó siempre y cuando la afirmación fáctica fuera acompañada de la correspondiente motivación de la misma, de conformidad con lo que exige al respecto el art. 97.2 de la LPL ..., pero no es aceptable porque atenta contra las garantías constitucionales de interdicción de la indefensión el que en una sentencia aparezcan afirmaciones fácticas sin la correspondiente motivación, pues no cabe olvidar que esta exigencia forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE» (SSTs 12/07/05 -rco 120/04-; 20/12/14 -rco 30/13-; y 23/06/15 -rcud 944/14-).*

Y en el presente caso, la aludida indicación fáctica de la Sala del TSJ no consta entre los HDP de la sentencia de instancia, tampoco tiene apoyo alusivo alguno en la fundamentación jurídica del Juzgado, ni -en último término- ha sido objeto de pretensión revisoria alguna en trámite de Suplicación [obviamente, porque recurría la empresa], a la par que carece de toda explicación justificativa en la decisión recurrida e incluso carece de apoyo en afirmación alguna que al respecto pudiera haber hecho la demanda, aparte de presentarse como una novedad respecto de los muy numerosos precedentes que la Sala ha tenido [nos remitimos a las sentencias arriba citadas]. Circunstancias todas ellas que nos llevan a prescindir del anómalo y sorpresivo dato, que en todo caso -de aceptarse como válida afirmación fáctica- se mostraría tan solo como mero apoyo indiciario de la pretensión y no como la prueba «evidente» -al decir de la Sala de instancia- de la naturaleza salarial de los cuestionados pluses".

TERCERO.- Las precedentes consideraciones por razones de seguridad jurídica nos llevan también en el presente caso a afirmar -de acuerdo con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que, en consecuencia, la recurrida ha de ser casada y anulada, debiendo



practicarse en ejecución de sentencia las operaciones pertinentes y consecuentes a nuestro pronunciamiento, al no figurar en el relato fáctico datos que permitan a esta Sala concretar el importe debido por salario diario de trámite y en concepto de indemnización. Lo que resolvemos, acordando la devolución del depósito constituido y el destino legal para la consignación [art. 228 LRJS], sin que proceda la imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «SECURITAS SEGURIDAD DE ESPAÑA, SA».

2º.- Revocar la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Málaga en fecha 21 de enero de 2016 (recurso de Suplicación nº 1947/2015), que a su vez había confirmado la resolución -estimatoria de la demanda- que en fecha 5 de junio de 2015 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Málaga (autos 883/14) a instancia de Don Aureliano .

3º.- Resolviendo el debate en Suplicación estimamos el de tal clase formulado por la empresa, declarando que los pluses de transporte y vestuario percibidos por el trabajador han de ser excluidos en la determinación del salario regulador a efectos de calcular la indemnización por despido y los salarios de trámite en su caso, con la consecuencia de que procede rectificar -en ejecución de sentencia- el importe señalado en sentencia para cada uno de los conceptos indicados.

4º.- Acordar la devolución del depósito constituido y el destino legal para la consignación o aseguramiento, sin la imposición de costas ni en Suplicación ni en este trámite.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D.ª Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.