



Roj: **STSJ CAT 1079/1999 - ECLI:ES:Tsjcat:1999:1079**

Id Cendoj: **08019340011999107892**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **03/02/1999**

Nº de Recurso: **2928/1998**

Nº de Resolución: **814/1999**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo núm. 2928/1998

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE CATALUNYA

SALA SOCIAL

MAG

ILMO. SR. D. JOSÉ CÉSAR ÁLVAREZ MARTÍNEZ

ILMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. D<sup>a</sup> ROSA MARIA VIROLÉS PIÑOL

En Barcelona a 3 de febrero de 1999

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA N° 814/1999**

En el recurso de suplicación interpuesto por PROTECCION Y CUSTODIA SA y Paulino frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social N°18 Barcelona de fecha 9 de diciembre de 1997 dictada en el procedimiento n° 582/1997 y siendo recurridos AMBAS PARTES. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 28 de mayo de 1997 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reconocimiento de fijeza, 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 9 de diciembre de 1997 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimando en parte la demanda formulada por D. Paulino contra la empresa PROTECCION Y CUSTODIA, S.A., debo condenar y condeno a la citada empresa a abonar al actor la cantidad de 161.491 pesetas por el periodo marzo a octubre de 1.997 (ambos inclusive), absolviendo a la demandada del resto de los pedimentos en su contra formulados".

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



1°.- La parte actora, D. Paulino , mayor de edad, con D.N.I. n° NUM000 , viene presentado servicios por cuenta y orden de la empresa demandada, con antigüedad desde e1 10-6- 88, categoría profesional de vigilante Jurado y salario de 111.000 Atas mensuales, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias,

2°.- El actor se encuentra separado judicialmente de su esposa mediante sentencia del Juzgado de 1ª Instancia n° 1 de Badalona de fecha 6-9-96. 3°.- La citada sentencia aprobó el convenid regulador de 10-6-96 estableciendo que la guardia y custodia del hijo de ambos cónyuges se atribuye a la madre, estableciendo el régimen de visitas para el actor los fines de semana alternos, desde las 20 horas del viernes hasta el domingo a las 20 horas, correspondiendo asimismo la primera mitad de los períodos vacacionales escolares de Navidad, Semana Santa y Verano al padre en los años pares y a la madre en los impares.

4°.- E1 actor solicita se reconozca su derecho a que la jornada laboral se adapte al régimen de visitas de su hijo establecido en el Convenio regulador de la separación matrimonial.

5°.- Asimismo reclama la parte actora el abono del plus de peligrosidad correspondientes a los meses de Marzo a Octubre de 1.997 y participación en beneficios de 1.997 (161.491 ptas).

6°.- La parte actora presta sus servicios sin arma y ostenta el titulo de Vigilante Jurado con anterioridad a 1-1-94.

7°.- En la empresa hay trabajadores que prestan servicios con armas juramentadas con posterioridad a 1.994.

8°.- Es aplicable el Convenio Colectivo Nacional para las Empresas de Seguridad 1.994 (B.O.E. núm. 106 de 4-5-94 ).

9°.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.C.I. en fecha 12-5-97, se celebró acto de conciliación el día 26-5-97, resultando sin efecto por incomparecencia de la empresa demandada.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunciaron recurso de suplicación la parte ambas partes, que formalizaron dentro de plazo, y dado traslado fueron impugnados, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - Estima en parte la sentencia de instancia la demanda que D. Paulino formula contra la empresa Protección y Custodia SA, Sociedad, a la que se condena al pago de 161.491 ptas por el litigioso concepto retributivo -Plus de Peligrosidad- que aquél reclama como devengado durante el periodo comprendido entre los meses- de marzo y octubre de 1997; absolviéndose a la demandada de la pretensión que e1 actor reproduce en su recurso, en el sentido de, que la empresa adapte su jornada laboral "al régimen de visitas de su hijo, establecido en el Convenio Regulador de su Separación matrimonial...".

Se dirige el primer motivo del formulado por la empresa a solicitar la nulidad de la sentencia (ex art. 191 a LPL ), por no incluirse en la misma pronunciamiento alguno relativo a la "excepción planteada" de "falta de litisconsorcio pasivo necesario", y en tanto que "la pretensión ejercitada por el demandante (relativa al cobro del complemento litigioso) podía afectar al resto de vigilantes que prestaban servicios con él..."; petición a la que no procede acceder, pues con independencia de que deba entenderse tácitamente resuelta dicha excepción con la decisión judicial sobre el fondo de la cuestión suscitada, el sentido en que la misma se resuelve ratifica la ausencia de un defecto litisconsorcial que, en cualquier caso, sería apreciable de oficio por esta Sala.

En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (SS de 29 de enero y 11 de junio de 1994 , entre otras), podría producirse tal situación si el objeto del litigio fuese e1 determinar quien tiene mejor derecho en la percepción del "plus" reclamado; pero no cuando el derecho del actor a percibirlo se revela desvinculado de aquél que puedan ostentar el "resto de los vigilantes". Y aunque "argumenta" el Juzgador su concesión en la invocada "preferencia de los Vigilantes Jurados que han obtenido dicho titulo con anterioridad a 1.1.94 a ocupar puesto" de porteo de armas, la "causa petendi" así formulada no trasciende al defecto reseñado.

Se advierte de contrario que "la recurrente ha interpuesto recurso de suplicación contra una acción de cantidad estimada por importe de 161.491. ptas. ... inferior a las 300.000 ptas." sin que conste que afecte a un gran número de trabajadores, por lo que "ha de procederse a poner fin al trámite del... recurso... declarando la firmeza de la sentencia de instancia única y exclusivamente frente a Protección y Custodia SA (en tanto que - el actor- ha interpuesto recurso de suplicación contra la misma)"; petición rechazable por la Sala, no sólo en aplicación de lo establecido por el artículo 189.1d LPL , sino también por la inexcusable ignorancia que supone el confundir el contenido de las acciones acumuladamente ejercitadas (con el legal efecto que dispone el art. 35 LPL - y 1.59 LEC - de "resolverse en una sola resolución todas las cuestiones planteadas"j con lo que es objeto del



presente recurso extraordinario, esto es la "sentencia" ( art. 189 LPL ) que -de forma diversa para los intereses del reclamante- las resuelve; de tal manera que la acción declarativa de derecho que voluntariamente acumuló a la de cantidad viabiliza el recurso interpuesto.

SEGUNDO.- Invoca la empresa en su único motivo jurídico "la infracción por inaplicación de lo dispuesto en el art. 86.3" del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 4 y 5 (así como el 71 a) y la Disposición Transitoria) del Convenio Colectivo Nacional para las empresas de Seguridad ; pues "la pérdida de vigencia de dicha Disposición implica la aplicación estricta de lo dispuesto (en este último artículo)... en el que se condiciona la percepción del "plus de peligrosidad" a la efectiva realización de servicios de vigilancia con arma de fuego..."

Según establece la STS de 23 de diciembre de 1997 ( reiterando la doctrina contenida en la de 10 de octubre del mismo año ) "(...) el cuestionado complemento está regulado en el Convenio no como un complemento de, la categoría sino como un "complemento de trabajo"... (que) se significa por corresponder singularmente a la función asignada o a realizar, en la medida que ésta conlleve (por imperio de la normativa vigente) el porte de armas...(sin que resulte contrario a lo establecido en el art. 26.3 CC ) que entre los presupuestos condicionantes del, devengo de un complemento, como el de peligrosidad, se halle un hecho (el porte de armas) que, evidentemente relacionado con la naturaleza de tal complemento, esté incluido en el objeto propio de las normas reguladoras de la actividad desarrollada por el agente, en este caso el trabajador de seguridad". Añade la sentencia mencionada "(...) que el mantenimiento de la categoría (a que alude el párrafo tercero de la disposición transitoria segunda del convenio) es compatible con la exigencia de que el cobro de cada concepto retributivo, en este caso un complemento de puesto de trabajo, subsista condicionado a la realización de los presupuesto de aplicación (como lo es el porte de armas para el complemento de peligrosidad); siendo así que la "literalidad" de los términos del precepto citado (ex art. 1281 CC ) impide, en todo caso, el reconocimiento del devengo litigioso "(...) con independencia de que en el servicio se porte o no armas".

En consecuencia, disponiendo, aquél (bajo el epígrafe "Peligrosidad") que "E1 personal operativo y de mandos intermedios que, por el especial cometido de su función, está obligado por disposición legal a llevar un arma de fuego percibir mensualmente, por este concepto, el complemento salarial señalado en el anexo I de este Convenio, en tanto que (y según resulta del inatacado relato judicial de los hechos) los actores, "vigilantes jurados", "realizan su servicio sin portar armas", la no efectividad de su "porteo" "ampara el proceder de la empresa" ( STSJ de Murcia de 12.6.1997), atendiendo a la fuerza vinculante de la reseñada norma convencional, según su jurisprudencial interpretación en sede de conflicto colectivo (158.3 LPL).

Téngase además en cuenta que para el periodo de litis (marzo a octubre de 1997) resulta aplicable el vigente Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, publicado en el BOE de 11 de junio de 1998 con efectos del 1 de enero de 1997 (art. 4 ) norma colectiva que, tras señalar en el segundo apartado de su Exposición de Motivos que los Vigilantes de Seguridad (única categoría para el personal operativo -apartado 3º-) percibirán "el denominado plus de peligrosidad cuando realicen sus funciones con arma reglamentaria", regula en su art. 71 el citado "plus" como "complemento de puesto de trabajo" que aquéllos percibirán " (...) cuando realicen servicio con arma reglamentaria" (art. 71.a) 2); y siendo así que "la actora presta sus servicios sin arma", con independencia de su eventual derecho a reclamar una prestación laboral en las condiciones que propicien su devengo, es lo cierto que mientras la misma no se produzca en los términos reseñados- no ostenta la reclamante la exigible legitimidad para lucrar el crédito funcional que pretende.

TERCERO.- Reclama ésta el derecho, que judicialmente se le deniega, a que la empresa adapte su jornada laboral al régimen de visitas establecido en el Convenio Regulador de su separación matrimonial "ratificado judicialmente"; pretensión que su recurso reitera aduciendo en su único motivo jurídico (ex art. 191 c LPL ) la "infracción del art. 39 de la Constitución Española.., 3.1 (y) 4b del Convenio 156 de la OIT ..., en relación con los arts. 23.1a, 37.4 y 5, 41.1a y b del Estatuto de los Trabajadores " .

Según establece el art. 3.1 del citado Convenio cada estado miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Pues bien, correspondiendo al empresario organizar el trabajo con la subsiguiente obligación del trabajador a prestarlo en los términos que refiere el art. 20 del ET , dicho derecho del empleador puede "colisionar" con aquéllos que el art. 37.4 y 5 del propio Estatuto atribuye al operario, al establecerse en el mismo un derecho a la "reducción de la jornada" por lactancia del hijo menor (que podrá ser "disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen") o "por razones de guarda legal", para el "cuidado directo algún menor de seis años..."; derecho subjetivo del trabajador que tiene como común finalidad la de favorecer la asistencia y atención de determinados menores que, sin embargo, sólo ostenta "legalmente" aquél que tenga



atribuida la "atención" y "guarda" del afectado, por lo que no puede extenderse a situaciones ajenas a las así contempladas ( art. 80 A CC ).

La solución contraria supondría vulnerar las facultades de Dirección y Control que aquel precepto asigna a quien t en su condición de terecero y salvo pacto en contrario) no le pueden afectar las consecuencias del Convenio regulador de una Separación matrimonial que el reclamante, ineficaz te instrumentalmente), invoca como "justificativo" de la pretendida modificación de su jornada laboral, cuando es ase que ésta pudo ser tenida en cuenta a través del compromiso civil alcanzado.

Procede, en consecuencia, y con desestimación del recurso interpuesto por la parte demandante, absolver a la Sociedad demandada de las pretensiones deducidas en su contra; devolviéndose a la misma las consignaciones y depósitos por ella efectuados ( art. 201 LPL ).

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso interpuesto por D. Paulino y estimando en su integridad el formulado por la empresa Protección y Custodia SA contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 1997, dictada por el Juzgado de lo Social 18 de los de Barcelona, en los autos 582/97 , seguidos a instancia de aquél, debemos revocar y en parte revocamos la citada resolución; absolviendo a la Sociedad recurrente de todas las pretensiones deducidas en su contra; parte a la que se devolverá las consignaciones y depósitos efectuados para recurrir, firme que sea la presente.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

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.

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 Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.