



Roj: **STSJ GAL 2464/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:2464**

Id Cendoj: **15030340012018101718**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2018**

Nº de Recurso: **678/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **CARLOS VILLARINO MOURE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**NIG:** 15036 44 4 2017 0000885

Equipo/usuario: MB

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0000678 /2018 - MBL**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000435 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** CASTELLANA DE SEGURIDAD SA (CASESA)

**ABOGADO/A:** MARIA DEL CARMEN ROMERO RODRIGUEZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** TEPOL SEGURIDAD SL, Flora

**ABOGADO/A:** XOSE DANIEL BESTEIRO LOPEZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR,

ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA,

ILMO. SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a ocho de mayo de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**



## EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000678/2018, formalizado por el/la Letrada D<sup>a</sup>. María del Carmen Romero Rodríguez, en nombre y representación de CASTELLANA DE SEGURIDAD SA (CASESA), contra la sentencia número 394/2017 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de FERROL en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000435/2017, seguidos a instancia de Flora frente a CASTELLANA DE SEGURIDAD SA (CASESA), TEPOL SEGURIDAD SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D<sup>a</sup> CARLOS VILLARINO MOURE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/D<sup>a</sup> Flora presentó demanda contra CASTELLANA DE SEGURIDAD SA (CASESA), TEPOL SEGURIDAD SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 394/2017, de fecha veintiséis de septiembre de dos mil diecisiete .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

*PRIMERO.- Doña Flora , con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios para Castellana de Seguridad, SAU (CASESA) desde el día 01/07/16, con una antigüedad por subrogación de 01/07/06, en el centro de trabajo de la AEAT en Ortigueira, con la categoría profesional de Vigilante de seguridad y con un salario mensual prorrateado de 1.645,48€ [doc. núm. 3 - 12 y 15 - 33 del ramo de prueba de la actora y 3 y 4 del de la demandada]. SEGUNDO.- La trabajadora también, desde el 01/07/06, el denominado «servicio acuda», una quincena al mes en las dependencias de la AEAT de Ortigueira y de Ferrol, por el que se le pagaba en nómina 200€ identificados como «plus acuda» [doc. núm. 13 y 14 del ramo de prueba de la actora y testifical]. TERCERO.- El «servicio acuda» consistía en una atención localizada durante quince días consecutivos al mes, para atender las alarmas de la AEAT de Ortigueira y de Ferrol, fuera de las horas de atención al público. Dicho servicio se prestaba a mayores, fuera de contrato y de la jornada laboral [testifical y hecho reconocido]. CUARTO.- El día 19/05/17 CASESA comunica a la actora una carta, cuyo contenido se da por reproducido, en el que se notifica que la empresa cesa en los servicios de acuda de la AEAT en Galicia, que la trabajadora dejará de realizar el «servicio acuda» a partir del 22/05/17 y de percibir el «plus acuda» [doc. núm. 1 del ramo de prueba de la actora y 1 del de la demandada]. QUINTO.- La AEAT y CASESA firmaron un contrato de servicio el 30/06/16 por el que la empresa de seguridad asumía el servicio de seguridad y vigilancia de la Delegación Especial de la AEAT en Galicia [doc. núm. 1 de los solicitados y aportados anticipadamente y 6 del de la demandada]. SEXTO.- El 25/05/17 CASESA subcontrata con Tapol Seguridad, SL el servicio de respuesta de alarmas («servicio acuda»), por el que ésta asume dichas acudas, comunicándolo el 29/05/17 a la AEAT. Este servicio, conforme al pliego de condiciones y la gestión y protocolo de atención de las alarmas es independiente y «sin menoscabo del horario contratado de vigilancia» [doc. núm. 2 y 3 de los solicitados y aportados anticipadamente y 7 y 8 del ramo de prueba de la demandada]. SÉPTIMO.- La trabajadora demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegada de personal, miembro del comité de empresa o representante sindical [hecho no controvertido]. OCTAVO.- Presentada la papeleta de conciliación el 30/05/17, se celebró el preceptivo acto ante el SMAC el 15/06/17, con el resultado de INTENTADO SIN EFECTO [doc. que acompaña la demanda].*

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

*Que estimando la demanda interpuesta por doña Flora contra CASTELLANA DE SEGURIDAD, SAU y TEPOL SEGURIDAD, SL, declaro improcedente el despido del que ha sido objeto el 22/05/17 y la condeno a que, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle por la extinción de la relación laboral con la cantidad -s. e. u o.- de DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES EUROS Y NOVENTA Y SIETE CÉNTIMOS (2.833,97€); y con abono, sólo en caso de que se opte por la readmisión, de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, en cuantía de SEIS EUROS Y CINCUENTA Y OCHO CÉNTIMOS (6,58€) diarios; advirtiéndose que la antedicha opción deberá efectuarse en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución*

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada Castellana de Seguridad SA, siendo impugnado de contrario por la parte demandante, y formulándose alegaciones en relación a tal impugnación. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente, procediéndose a dictar la presente sentencia tras la deliberación correspondiente.



A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes:

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **PRIMERO.- Aproximación general al objeto del recurso**

La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró improcedente el despido, con condena a realizar la correspondiente opción entre extinción o readmisión en los términos previstos en el fallo.

La parte codemandada Castellana de Seguridad SA recurrió al amparo del art. 193 b) y c) LRJS, solicitando la revocación de la sentencia de instancia y que se estime la excepción de inadecuación de procedimiento por inexistencia de acción de despido. Subsidiariamente, que se revoque la sentencia de instancia, dictándose nueva sentencia con absolución de CASESA de todas las pretensiones ejercidas en su contra. Y con carácter más subsidiario que de mantenerse la declaración del despido como improcedente, se varíe la cuantía fijada en la sentencia.

La parte demandante impugnó el recurso interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

### **SEGUNDO.- En relación a la sentencia aportada por la partedemandante en suplicación**

Se aportó en trámite de suplicación, por la parte recurrente, sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra dictada en los autos nº 362/2017, en relación a otro trabajador distinto de la parte demandante en los presentes autos.

Las restantes partes en el presente procedimiento tuvieron ocasión de alegar respecto de tal documento en el trámite de impugnación, puesto que el mismo fue presentado con el escrito de interposición. Por otro lado, si bien es cierto que el art. 233.1 LRJS prevé su resolución mediante auto, entendemos que cabe pronunciarse sobre la inadmisión de la documental mencionada en la propia sentencia, para una mayor celeridad (art. 74.1 LRJS) y dado que ello no ocasiona indefensión alguna a las partes; y teniendo asimismo en cuenta que, con el precepto citado, el auto que se dictase no sería recurrible en reposición. Por otro lado, esta misma Sala del TSJ de Galicia ya ha admitido la posibilidad de pronunciarse en sentencia sobre la inadmisión de los documentos nuevos aportados por las partes, con carácter previo a abordar los motivos de recurso. Criterio que ha seguido esta Sala en diversas ocasiones, como en las SSTSJ Galicia de 22 de octubre de 2015 (rec: 3227/2015) y 15 de julio de 2015 (rec: 1256/2015).

En el caso de autos, la mencionada sentencia no ha de ser admitida, con el art. 233.1 LRJS, y ello dado que tal resolución no se refiere al caso de autos, sino a una modificación sustancial de condiciones de trabajo de otro trabajador, por lo que no tiene especial incidencia en los presentes autos. Además, en relación a tal trabajador y respecto de un supuesto análogo al presente (despido) esta Sala ha dictado recientemente sentencia de suplicación, en la que, como se verá, se fundará lo que se resuelve en el presente recurso.

Por tanto, no se admite el documento aportado.

### **TERCERO.- Motivos de recurso al amparo del art. 193 b) LRJS**

La parte recurrente discute en suplicación el relato fáctico de la sentencia de instancia, al amparo del art. 193 b) LRJS -"Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas"-.

La jurisprudencia y la doctrina de los Tribunales Superiores han venido exigiendo para acoger una revisión de hechos en aplicación del art. 193 b) LRJS:

-Que tal revisión se funde en una prueba hábil. Estando restringida la misma con el art. 193. b) LRJS a la documental y la pericial. No incluyendo dentro de tal clase los informes de investigadores privados, STS 24 febrero 1992; ni los medios de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido, STS 16 junio 2011. Tampoco se ha admitido la alegación de prueba negativa, es decir, la consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido suficientemente, salvo en el caso de que se haya infringido la regla constitucional de mínima actividad probatoria, es decir, exista una total y absoluta falta de prueba al respecto, STS 18-3-1991 y STS 3-4-1998. Y sin que, a tal efecto, quepa una valoración ex novo de toda la prueba practicada, STC 294/1993.

-Que la prueba alegada revele un error del juzgador, debiendo advertirse tal error de modo palmario o evidente, sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis o razonamientos. En tal sentido, fuera del supuesto referido, ha de prevalecer la apreciación fáctica del órgano de instancia, y en especial en el caso de que la prueba invocada resulte contradicha por otros medios de prueba (SSTC nº 44/1989 de 20-2-89; y 24/1990, de fecha 15-2-1990; y SSTS 30-10-91; 22-5-93; 16-12-93 y 10-3-94). Y así, con la excepción indicada, no es posible sustituir



la percepción de la prueba del juzgador de instancia por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada ( SSTS 6-5-85 y 5-6-95 ).

-Ha de tener tal revisión trascendencia para modificar el fallo de instancia ( SSTS de 28-5-2003 ; 02/06/92 ; SG 16/04/14 -rco 261/13 -; y 25/05/14 -rco 276/13 )

-Y se exigen determinados requisitos formales en la interposición del recurso de acuerdo con el art. 196.2 y 3 LRJS . Y así: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, proponiendo en su caso una redacción alternativa de los hechos probados; y b), que se precise a través de qué concreto medio de prueba hábil a efectos de suplicación se pretende esa revisión -por todas, SSTSJ Galicia 16/09/15 R. 1353/14 , 12/06/15 R. 4364/13 , 14/05/15 R. 4385/13 , 09/03/15 R. 3395/13 , 11/02/15 R. 970/13 , 20/01/15 R. 3950/14 -.

Además, no puede olvidarse, como señalamos en nuestra sentencia de 13 de noviembre de 2015 (rec: 5035/2014 ) que: "nuestro o sistema procesal, atribuye al Juzgador de instancia la apreciación de los elementos de convicción- concepto más amplio que el de medios de prueba- para fijar una verdad procesal que sea lo más próxima posible a la real, para lo que ha de valorar, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS Laboral ; así lo ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo (entre otras sentencia de 17 de diciembre de 1990 ) y en la misma medida se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 81/88 de 28 de abril señalando que el Juez de lo Social incardina unos hechos en las previsiones legales, reiterando que la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo "en conciencia y mediante una valoración conjunta". Ello implica, atendiendo a la especial naturaleza del Recurso de Suplicación, que el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba sino realizar un control de la legalidad de la Sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada."

Interesa la recurrente las siguientes revisiones fácticas:

1.-) Se interesa la modificación del hecho probado segundo con el tenor literal que se recoge en el motivo primero 1.1) del escrito de recurso, y que aquí se da por reproducido. En esencia se pretende fijar el importe del plus de acuda en la cantidad de 175 euros mensuales de promedió en los últimos doce meses.

Se invocan, a tal efecto, los documentos a los folios 80 a 97 de autos y 103 a 121, que recogen los documentos nº 13 y 14 de la parte actora y 2.4 de la demandada, que consisten en las nóminas aportadas por a ambas partes, en las que se observarían los importes referidos y la irregularidad de la cuantía mensual por tal plus. Se indica, además, que la modificación es trascendente para el cálculo, en su caso, de la indemnización.

La parte demandada se opone a la revisión, señalando que es una cuestión nueva, y que no se precisan los documentos de modo individualizado. Además, se señala que en la nómina de octubre figura el importe de atrasos cotizables por importe de 100 euros, que corresponden con el importe parcialmente impagado el mes anterior.

No se admite la revisión, pues de la documentación invocada no se deduce la existencia de un error patente o manifiesto de la magistrada de instancia, en tanto que en los meses que se pretenden promediar, la propia recurrente admite que el importe fue de 200 euros todos ellos, salvo julio de 2016 y septiembre de 2016 que fueron 100 euros. Pero en este último caso, tiene razón la impugnante, pues constan en la nómina siguiente 100 euros de atrasos que podrían completar el importe señalado, por lo que, en todo caso, el error sugerido ya no sería manifiesto o patente, sino que exigiría una interpretación y valoración más detallada de las nóminas. Por otro lado, el mes de julio no se abonó, pero bien pudo coincidir con el mes de disfrute de vacaciones.

2.-) En segundo lugar, se interesa la adición de un nuevo párrafo al hecho probado quinto para que quede con el siguiente contenido: "La AEAT y CASESA firmaron un único contrato de servicio el 30/6/16 por el que la empresa de seguridad asumía el servicio de seguridad y vigilancia de la Delegación especial de la AEAT en Galicia. En la cláusula quinta de dicho contrato se dice que el servicio se efectuará en los edificios de la AEAT de Galicia, según lo establecido en el Pliego de Cláusulas administrativas Particulares. La AEAT a mayores del Pliego de Cláusulas establece un protocolo respecto de los servicios de custodia de llaves y gestión de alarmas".



Se invoca a tal efecto el documento nº 1 de los solicitados anticipadamente y el nº 6 y 8 de la demandada. Se señala igualmente que la trascendencia viene dada por la necesidad de poner de relieve que no existían dos contratos distintos con la AEAT.

La parte impugnante señala que no se identifica suficientemente el documento invocado, no habiendo error por parte del juzgador.

Se admite tal adición, pues deriva de los doc. 6 y 8 invocados y suficientemente identificados, teniendo relevancia pues aclara el alcance de la contrata existente.

3.-) Se solicita revisión en el sentido de modificar y adicionar un nuevo párrafo al hecho probado sexto, quedando el mismo con la siguiente redacción: "El 25-5-2017 CASESA subcontrata con Tepol Seguridad SL el servicio de respuesta de alarmas (servicio Acuda), por el que ésta asume dichas acudas, comunicándolo el 29-5-2017 a la AEAT. Este servicio, conforme al pliego de condiciones y la gestión y protocolo de atención de las alarmas no es independiente, sino que depende del principal, siendo la adjudicataria del servicio de vigilancia y seguridad quien lo presta haciéndolo "sin menoscabo del horario contratado de vigilancia o lo subcontratará dentro del precio ofertado".

Se invocan, a tal efecto, los documentos nº 2 y 3 de los aportados anticipadamente y el 7 y 8 del ramo de prueba de la demandada.

La parte impugnante se opone a tal revisión fáctica en tanto intenta introducir hechos negativos; y por cuanto no identifica con precisión el documento invocado, y dado que es contradictorio con lo manifestado en el acto de Juicio.

Se admite sólo en parte la revisión fáctica, suprimiendo la afirmación en la sentencia de que el servicio de Acuda es "independiente", en tanto es una afirmación valorativa y no un mero hecho probado, que además nada añade al contenido del hecho probado quinto más arriba fijado; todo ello sin introducir el hecho negativo pretendido. Además se admite la adición de "o lo subcontrará" en relación con el entrecomillado que ya recoge el hecho probado, por constar en la página 6 de 8 del protocolo.

#### **CUARTO.- Motivos de recurso al amparo del art. 193 c) LRJS**

La parte recurrente alega motivos de recurso, al amparo del art. 193 c) LRJS -"Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia"-, y, en concreto, se realizan las siguientes denuncias: A) Infracción de los arts. 80 , 85 LRJS y 412 LEC y art. 24 CE . Señala la parte, en tal sentido, que la existencia de un contrato verbal para prestar el servicio de acuda no fue recogida en la demanda, suponiendo una transformación de la demanda no admisible. B) Infracción de los arts. 1 , 4 , 5 , 26 , 34 , 41 , 49k , 53.1 , 55 y 56 del ET , y del Convenio Colectivo de Seguridad. Señala que no existieron dos contratos con la AEAT y que el servicio de acuda se prestaba como un plus del servicio principal de vigilancia. Además, se refiere que el plus de Acuda es un plus de disponibilidad, teniendo la actora y la recurrente un único contrato, que genera una única cotización a la S. Social y una única nómina, en la que se paga el plus de Acuda. No siendo la eliminación del citado plus una causa de despido, pues el despido parcial no existe, ni en el presente caso un fraude de ley para la no aplicación del art. 14 del Convenio, pues no ha cesado la parte en su relación laboral con CASESA. Cita, asimismo, jurisprudencia del Tribunal Supremo que incardinaría supuestos como el de autos en una modificación sustancial, pero no en un despido. C) Infracción del art. 14 del Convenio antes citado, en relación con los arts. 1253 y 1275 del Cc . Refiere, en tal sentido, que ninguno de los hechos probados permite entender que el fraude de ley, que ha de ser probado, haya existido en relación a la elusión de la aplicación del art. 14 del Convenio.

La parte impugnante se opone a la estimación de tales motivos de recurso. En síntesis, señala que el primer motivo no se plantea por la letra a) del art. 193, y además señala que existían dos contratos de trabajo, lo que la parte recurrente habría reconocido en la vista, remitiéndose a las afirmaciones de la misma en la vista en relación a que el servicio de Acuda se hacía "a mayores" o "fuera de contrato", afirmaciones de la recurrente en la vista de las que la parte deduce que se trataba de un contrato distinto. Por lo demás, en cuanto al fondo del asunto reitera los argumentos de la sentencia de instancia en cuanto a la existencia de un fraude de ley.

Pues bien, planteados en tales términos los motivos de recurso, el primero de los citados ha de ser desestimado, por cuanto no se ha articulado un motivo del art. 193 a), en relación a la posible infracción de normas o garantías del procedimiento. Además, la sentencia no establece con claridad en los hechos probados la existencia de dos contratos entre la parte actora y CASESA, limitándose a recoger las expresiones, que según se señala por la impugnante realizó la recurrente en el acto de Juicio, en relación a que el servicio de Acuda se prestaba "a mayores, fuera de contrato y de la jornada laboral"-hecho probado tercero-, lo cual también cabría interpretar como que el plus de Acuda era de disponibilidad fuera de la jornada laboral contratada.



En tal sentido, además, el hecho probado segundo, y las nóminas en el mismo referidas por remisión a la documental, recogen el abono en la misma nómina del plus de Acuda.

Por lo demás, para la resolución del presente supuesto, reiteramos lo ya indicado por esta Sala en la STSJ de Galicia de 27 de abril de 2017 (rec: 662/2018 ), en un caso análogo al presente respecto de los mismas empresas y en relación a otro trabajador. Se señaló entonces:

"En cuanto a la inadecuación de procedimiento, insiste en que la modalidad procesal de despido utilizado no es la adecuada manteniendo la excepción ya alegada en tal sentido y rechazada en instancia. Afirma la recurrente que la posibilidad de un despido parcial, ha sido rechazada por la jurisprudencia y que, en este caso no ha existido un despido.

Señala la STS de 15 de octubre de 2013 de rcud. 3.098/2012 que "En supuestos similares la Sala ha declarado desde antiguo (STS 7-4-2000 (R. 1746/1999 ) y 20 de noviembre de 2000 (Rcud. 1417/2000 ) que "la figura del despido exige de una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo, que se configura entre aquél y el trabajador como única ( arts. 1 , 4 y 5 del Estatuto de Los Trabajadores ) aunque susceptible de sufrir alteraciones por decisión unilateral del empresario, que cuando afectan a la jornada, pueden ser modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y dar lugar a que operen los mecanismos previstos en el artículo 41 de la norma antes citada .... Más recientemente, en nuestras sentencias de 14 de mayo de 2007 (Rcud. 85/2006 ) y 7 de octubre de 2011 (Rcud. 144/2011 ), se reitera esa doctrina... Con arreglo a esa doctrina no puede afirmarse que nos encontremos ante un despido, ni menos aún, ante un despido parcial que conlleve la rescisión indemnizada del contrato en porcentaje similar a la reducción de la jornada." Añadiendo a continuación que "La solución dada no contradice lo dicho en nuestra sentencia de 1 de junio de 2012 (Rcud. 1630/2011 ) porque se acepta la posibilidad de que un trabajador tenga dos contratos con la misma empresa, que una empresa le de ocupación en dos centros y porque el supuesto contemplado en aquella sentencia y el debate resuelto fueron distintos. No sólo porque en aquél caso no se aplicaba el Convenio de Limpieza como en el presente, sino otro distinto dándose la particularidad de que en cada contrato el trabajador tenía diferente categoría y actividad, sino, principalmente porque resulta que la sentencia recurrida en aquél asunto había aplicado el art. 44 del E.T . para afirmar que era la empresa entrante la responsable del despido por haberse negado a subrogarse en el contrato de la anterior contratista."

Pues bien, en el caso de litis recoge el juzgador a quo en el Fundamento Tercero la tesis actora de aplicación el art. 14 del Convenio C. de Seguridad, que no conllevaría una subrogación total en el contrato sino tan solo en las funciones del Servicio de Acuda; sin embargo, a continuación en el Fundamento Cuarto, razona que no estamos ante un caso de subrogación convencional pues no hay un "cese en los servicios contratados", sino simplemente una subcontratación por parte de CASESA del servicio de Acuda (esto es, un servicio de respuesta a alarma y de custodia de llaves). Pero entiende que estaríamos ante dos contratos, el original de vigilancia y el del Servicio de alarmas, diversificando la empresa la actividad, por lo que CASESA debió haber acudido en su caso al despido objetivo por causas organizativas o de producción ,por lo que estaríamos ante un despido improcedente.

Como primera consecuencia de tal razonamiento en la instancia, carece de sentido el motivo destinado a combatir la aplicación del art.14 del Convenio pues la propia sentencia entiende que tal precepto no es de aplicación, aun cuando el trabajador impugnante insiste en su tesis, sin tener en cuenta que el propio precepto convencional establece en su ap. c) 4 ")que" La Empresa cesante en el servicio: Tendrá la facultad de quedarse con todos, o parte, de los trabajadores afectados por la subrogación", con lo que igualmente habría de analizarse si la empleadora ha procedido a un "despido parcial" al suprimir el pago del Plus de ACUDA .Y ya podemos afirmar que la Sala no comparte la tesis de instancia, por las siguientes razones:

a) Como recuerda la propia sentencia recurrida, en la anterior resolución que resolvió sobre la acción de MSCT se argumentó para la desestimación que "aun tratándose de una condición, la misma no aparece incorporada en el contrato original, sino que se incorporó posteriormente por razón del servicio indicado, lo que nos permite calificar esta retribución como funcional, siendo evidente que si deja de prestarse, pierde todo su sentido".

b)De acuerdo con el relato fáctico, tal Plus se abonaba en cuantía mensual fija, más allá de que se realizara por el actor algún servicio de respuesta a alarma o no lo realizara (así, del ordinal segundo se deriva que hay meses en que no realiza ninguno, otros que hace uno y un mes que hace dos),computándose en ese caso las horas efectivamente realizadas para atender la alarma para su abono, según sentencia de 1 de septiembre de 2017 ,dictada en reclamación de cantidades.

c) Ciertamente como ya señaló la sentencia sobre MSCT de 20 de octubre de 2017 , el plus se abonaba por su "disponibilidad" para responder a las posibles alarmas; y al no constar dato fáctico alguno de que tal disponibilidad fuera más allá de estar localizable, sin obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario, ha de concluirse que no estamos ante "tiempo de trabajo" (STJUE 3 de



octubre de 2000. SIMAP, de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C 151/02 y 21-2-2018- C-518/15 Ville de Nivelles / Rudy **Matzak**), que pueda suponer siquiera la existencia de una reducción de jornada por la supresión de su obligación de estar disponible para atender tal servicio.

d) Más allá de que tal condición no figure en el contrato original, lo cierto es que tal concepto retributivo, según el relato histórico, se venía percibiendo ya con anteriores contratistas, antes de la subrogación operada por CASESA.

En tales circunstancias, la Sala entiende que no nos encontramos ante dos contratos distintos, sino ante un único contrato -independientemente de que en un momento determinado se hubieran novado modificativamente las condiciones -, y que la relación laboral entre las partes pervive en tanto el demandante sigue prestando sus servicios como vigilante en la AEAT de Vilagarcía de Arousa.

Es por ello que el recurso ha de ser estimado, pues no se ha producido, como ya se ha dicho, despido alguno... en razón de ello, estimando la excepción de inadecuación de procedimiento, debemos revocar la sentencia recurrida y desestimar la demanda por despido origen de las presentes actuaciones."

Entendemos que, por razones de seguridad jurídica, procede aplicar esos mismos razonamientos al supuesto de autos, no obstante realizando las siguientes matizaciones: Es cierto que en el caso de autos se recoge en el hecho probado tercero que el servicio de acuda se prestaba "a mayores, fuera de contrato y de la jornada laboral", pero tal afirmación en los hechos probados, tiene un carácter un tanto indeterminado, que no comporta necesariamente la existencia de dos contratos de trabajo, como más arriba se señaló. Y ello en especial dado que los hechos probados no precisan, en tal caso, cuáles son las circunstancias concretas de ese segundo contrato de trabajo, y, además, por cuanto figura en los hechos probados -hecho probado segundo- que el plus de Acuda se pagaba en la misma nómina que el resto de retribuciones, a la vista de las nóminas en autos referidas en tal hecho probado. Por otro lado, poniendo en relación el hecho probado quinto y el hecho probado segundo, cabe colegir que el plus de Acuda se percibía ya antes del contrato firmado entre la AEAT y CASESA, pues la relación laboral de la parte actora se remonta, en cuanto a su antigüedad, como también el plus citado, a un momento previo.

Por otro lado, no se concreta en el caso de autos una incidencia precisa de la prestación del servicio de Acuda en la jornada laboral -más allá de la disponibilidad-. Así, en el fundamento jurídico primero, se reconoce que el plus de acuda se percibía por "atender a cualquier hora no laboral los saltos de alarmas en las oficinas de Ortigueira y Ferrol", siendo el de Ortigueira el centro donde realizaba en horario de oficina su jornada. Es decir, la propia fundamentación jurídica admite, como ocurría en el caso referido y ya resuelto por esta Sala, que el plus de Acuda es un plus de disponibilidad.

No consta, por tanto, que haya existido un despido de la trabajadora demandante en la instancia.

Por todo ello, estimando en parte la censura jurídica esgrimida procede desestimar la demanda en su día presentada ante la inexistencia de despido.

#### **QUINTO.- Costas del recurso**

No procede condena en costas, por haber sido estimado el recurso -arts.235.1-.

#### **FALLAMOS**

ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Castellana de Seguridad S.A. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Ferrol, dictada el 26 de septiembre de 2017 en los autos nº 435/2017, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda de impugnación de despido en su día presentada por inadecuación de procedimiento ante la inexistencia de despido. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:



- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ