



Roj: **STSJ CANT 539/2015 - ECLI: ES:TSJCANT:2015:539**

Id Cendoj: **39075340012015100366**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **24/06/2015**

Nº de Recurso: **325/2015**

Nº de Resolución: **516/2015**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA n° 000516/2015

En Santander, a 24 de junio del 2015.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS (ponente)

Ilma. Sra. D^a. Elena Pérez Pérez

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. 6 de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por D. Victorio siendo demandados Castellana de Seguridad S.A.U. y Seguridad Integral Canaria S.A., con la asistencia del Ministerio Fiscal, sobre Despido y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 15 de diciembre de 2014 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- El actor, D. Victorio , ha venido prestando sus servicios profesionales para la empresa demandada CASTELLANA DE SEGURIDAD S.A.U. (en adelante, CASESA), con antigüedad desde el 22 de abril de 2009, ostentando la categoría profesional de Vigilante de Seguridad, y percibiendo un salario mensual, con prorrata de pagas extraordinarias, de 1.349,11 (44,35).

El actor venía prestando sus servicios profesionales en la Residencia Militar Virgen del Puerto (Santoña).

2º.- A las relaciones laborales de las empresas demandadas les resulta de aplicación el Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad (BOE 25 de abril de 2013) .

3º.- El actor permaneció en situación de incapacidad laboral desde el 18 de octubre de 2013 hasta el 16 de junio de 2014.

4º.- El actor comunicó a la empresa CASESA, Mediante correo electrónico de fecha 16 de junio de 2014, y burofax de fecha 17 de junio de 2014, su reincorporación a la empresa el día 17 de junio de 2014.



5º.- Mediante comunicación de fecha 27 de junio de 2014, la empresa CASESA solicitó al actor información sobre su licencia de armas. Con fecha de 30 de junio de 2014, el actor comunicó a la empresa lo siguiente: "*A través de la presente le informo que la situación del Expediente Advo. de revocación de licencia de armas tipo C, está en fase de instrucción, habiéndonos requerido se presentar certificado médico, y una vez lo actuado, se emitirá propuesta de resolución*".

6º.- Mediante carta de fecha 2 de julio de 2014, la empresa CASESA comunicó al actor lo siguiente:

"En respuesta al email recibido el 30/06/2014 de la letrada que lo representa Dña. Jacinta , donde nos informa que la situación del Expediente administrativo de revocación de licencia de armas tipo C, está en fase de instrucción a instancia de que la emitan una propuesta de resolución, le informamos que, habida cuenta que para la prestación de los servicios de vigilancia en el centro de trabajo que usted tiene asignado, en la Residencia Militar de Estudiantes "Virgen del Puerto" de Santoña (Cantabria), es requisito indispensable estar en posesión de la preceptiva licencia de armas debidamente habilitada y que actualmente no podemos proporcionarle ocupación efectiva en la misma localidad, de conformidad con el Artículo 35 del Vigente Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad , por la inexistencia de vacaciones de puestos, entendiendo que la revocación de la licencia tiene carácter temporal, desde la fecha de efectos la recepción de la presente , la relación laboral quedara suspendida hasta que recupere todas las licencias administrativas y habilitaciones necesarias para la prestación del servicio de vigilancia de seguridad, en la Residencia Militar de Estudiantes "Virgen del Puerto" de Santoña (Cantabria), debiendo comunicarnos en tiempo y forma dicha recuperación en aras a restablecer la relación laboral."

El actor fue dado de baja en la Tesorería General de la Seguridad Social, con fecha de 7 de julio de 2014, por la causa: "BAJA POR SUSPENS.DISTINTA"

7º.- Con fecha de 8 agosto de 2014, la parte actora remitió a la empresa CASESA el siguiente correo electrónico: "*Que con fecha de 7/08/2014 se nos ha notificado resolución de fecha 29 de julio de 2014 sobre expediente de revisión de licencia de armas, en virtud de la cual se resuelve suspender la licencia de armas tipo C hasta que el ejercicio de tiro se realice con resultado positivo. En virtud de lo antedicho les intereso PROCEDAN A SOLICITAR EL EJERCICIO DE TIRO PARA DON Victorio , y ello en plazo máximo de una semana, bajo apercibimiento de que en caso contrario se ejercitaran las acciones legales oportunas*".

Consta en las actuaciones y se da por reproducida la Resolución dictada por el Coronel Jefe de la Intervención de Armas y Explosivos de la Comandancia de Santander de la Guardia Civil, de fecha 29 de julio de 2014, así como el expediente de revisión de licencia de armas tipo C, nº NUM000 instruido contra el actor.

Con fecha de 18 de agosto de 2014, CASESA comunicó al actor que le convocaría para los ejercicios de tiro, previstos para el mes de octubre.

Mediante comunicación de fecha 29 de septiembre de 2014, CASESA citó al actor para la realización del ejercicio de tiro. El actor contestó lo siguiente: "*Que con fecha de 13 de agosto de 2014 DON Victorio , recibe llamada de la empresa interesándole para que pase por la oficina para recoger el certificado de empresa y una liquidación, habiendo acudido el día 14 de agosto de 2014, entregándole liquidación saldo y finiquito, por importe de -2,45 ; así como el certificado de empresa; dando por finalizada la relación laboral con fecha de 7 de julio de 2014. En virtud de lo expuesto mi representado no acudirá a la práctica de tiro el próximo día 30/10/2014*"

8º.- Con fecha de 28 de octubre de 2014, CASESA comunicó al actor lo siguiente: "*En base a lo establecido en el art. 14 C.1.1 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad , la Dirección de la Empresa le comunica que a partir del próximo día 01 de Noviembre de 2014, se procede a su subrogación con la empresa SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA S.A., nueva adjudicataria del Servicio de Vigilancia y Seguridad de las instalaciones del Ministerio de Defensa, sitas en Cantabria, en las que Ud. presta servicio, por lo que con fecha de 31 de octubre de 2014 causará baja en nuestra empresa*".

9º.- Desde el 1 de noviembre de 2014, la empresa SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA S.A. es la adjudicataria del servicio de vigilancia de la Residencia Militar Virgen del Puerto (Santoña), que ha rehusado subrogar al actor.

10º.- El actor no ostenta cargo de representación sindical.

11º.- Con fechas de 1 y 29 de julio, 21 y 27 de agosto de 2014 se celebraron actos de conciliación ante el ORECLA, que concluyeron Sin Avenencia, salvo el de 21 de agosto de 2014, que concluyó como Intentado sin efecto, por incomparecencia de la empresa demandada, que fue citada mediante carta certificada con acuse de recibo.

TERCERO.- En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:



"Estimo parcialmente la demanda presentada por D. Victorio frente las empresas Castellana de Seguridad S.A.U. y Seguridad Integral Canaria S.A., con la asistencia del Ministerio Fiscal, y con absolución de la empresa Castellana de Seguridad S.A.U., debo declarar y declaro improcedente el despido del actor de fecha 1 de noviembre de 2014, condenando a la empresa Seguridad Integral Canaria S.A. a estar y pasar por esta declaración y a que, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte, a su elección, entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones en que se encontraba con anterioridad al despido, o bien, a abonarle una indemnización de 9.595,64 .

Si la empresa condenada opta por la readmisión, los salarios de tramitación se devengarán desde la fecha de la superación por parte del actor del ejercicio de tiro correspondiente, al que deberá ser convocado por la empresa Seguridad Integral Canaria.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

La opción prevista en el párrafo anterior deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, sin perjuicio del recurso que contra esta se pueda interponer. "

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, Seguridad Integral Canaria S.A., siendo impugnado por el Ministerio Fiscal y por Castellana de Seguridad S.A.U., pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La primera revisión que se solicita de los hechos probados, referida a la circunstancia de que la suspensión del contrato de trabajo propuesto por la empresa CASESA implicaba la no subrogación del trabajador con la empresa adjudicataria/codemandada, al no ser la meritada suspensión una de las excepciones previstas en el artículo 14 del Convenio Colectivo de empresas de seguridad, no puede ser estimada, ya que constituye precisamente la cuestión de fondo y su formulación, y, como tal, en los términos propuestos, supone una argumentación jurídica como tal, y en esto lleva razón la parte recurrente, con "incidencia absoluta" en este recurso pero cuyo lugar de acomodo natural han de ser los fundamentos de derecho. De acogerla, no sólo se estaría predeterminando el signo del fallo sino también haciendo estéril la misma argumentación jurídica.

SEGUNDO .- La segunda de las revisiones de los hechos probados pretende introducir un dato que nadie niega y es el atinente a la exigencia en los pliegos de prescripciones técnicas y administrativas del requisito de la posesión de arma de todos los vigilantes de seguridad.

Como decimos, se trata de una exigencia no discutida por la contraparte. Sin embargo, la circunstancia valorable en este supuesto es muchos más matizada y se refiere a la existencia de una suspensión del contrato hasta que la licencia fuera recuperada por el trabajador, lo que dependía de la realización del ejercicio de tiro. En tales condiciones, dado que nos encontraríamos ante un supuesto de suspensión, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce en la aludida sentencia de 17-10-2012 y así lo entendió la empresa, sería operativa la subrogación prevista en el convenio, a tenor de la asimilación a las causas previstas en referido precepto y al hecho de que no nos encontramos ante una retirada definitiva de la licencia. Cuestión distinta, y ésta es la verdaderamente trascendente, es que el contrato se hubiera extinguido con anterioridad a la subrogación, como la resolución recurrida reconoce, pero no valora, ya que en éste caso no resulta operativa ésta última.

TERCERO .- Se alega en el tercer motivo la infracción de los artículos 1281 y 1285 del Código Civil en relación con el artículo 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad , así como las cláusulas 10 y 13 del pliego de prescripciones técnicas firmado con el Ministerio de Defensa (que en realidad no constituyen normas jurídicas alegables) así como del artículo 52. 4 del Reglamento de Seguridad Privada , 10 de la Ley de Seguridad Privada y jurisprudencia aplicable.

Insiste el recurso en el hecho obstativo para la subrogación que supone la carencia de posesión de la licencia de armas y que tampoco se ofrecen los supuestos que contempla el artículo 14 del Convenio Colectivo , de tal forma que la inclusión del trabajador en el anexo de persona transmisible tiene tan sólo un significado informativo, por lo que no existió subrogación, cuya realidad es la cuestión litigiosa

Repasando los hechos relevantes, se justifica que el actor permaneció en situación de incapacidad laboral desde el 18 de octubre de 2013 hasta el 16 de junio de 2014. Probado que la revocación de la licencia tiene carácter temporal, la relación laboral quedaba suspendida hasta que recuperara el trabajador todas las licencias administrativas y habilitaciones necesarias para la prestación del servicio de vigilancia de seguridad.



La resolución de fecha 29 de julio de 2014, sobre expediente de revisión de licencia de armas suspendía la licencia de armas tipo "C" hasta que el ejercicio de tiro se realice con resultado positivo y, mediante comunicación de fecha 29 de septiembre de 2014, CASESA citó al actor para la realización del ejercicio de tiro, de tal forma que tales circunstancias invitaban a pensar que se mantenía una situación de suspensión, como la sentencia considera. De no ofrecerse las circunstancias que después abordamos, también sería operativo el artículo correspondiente del Convenio que se dice infringido si expresa: Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado establecidas en los artículos 45, 46 y 50 de este Convenio colectivo, las situaciones de Incapacidad Temporal y suspensiones disciplinarias, cualquiera que sea su causa, excluyéndose expresamente las excedencias reguladas en el artículo 48, salvo los trabajadores que hayan sido contratados por obra o servicio determinado.

A fin de cuentas, la suspensión motivada por la retirada temporal de la licencia de armas trae como causa la incapacidad temporal, que se incluye en el período de permanencia, que se cumpliría entonces y si sólo estuviera suspendido el contrato por la necesidad de recuperar la licencia, como justifica la doctrina de unificación, y reconoce la parte recurrente cuando considera que su no renovación se asimila a una suspensión del contrato por baja de incapacidad temporal, la sucesora en la contrata estaría obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo porque así lo determina con carácter general referido precepto. La sentencia del TSJ del País Vasco de 1-7-2014, dispone que el trabajador se encuentra en situación de excedencia especial, no excluida por el artículo referido 14 del Convenio y conforme también al artículo 49, al trabajador excedente por pérdida o sustracción de la licencia se le reservará su puesto de trabajo y se le computará, a efectos de antigüedad, el tiempo de excedencia, aunque no se le abonará la retribución de ningún tipo. En realidad, la estricta jurisprudencia (sentencia de 17-10-2012) excluye la efectividad del artículo 49.2 o 49.3 del Convenio y sitúa el caso en los términos del artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores, que justifica la suspensión.

Sin embargo, al margen de estos matices calificadores, se pasa por alto una determinante circunstancia que define al caso actual; ya que mediante comunicación de fecha 29 de septiembre de 2014, CASESA citó al actor para la realización del ejercicio de tiro, y el actor contestó lo siguiente: "Que con fecha de 13 de agosto de 2014 don Victorio, recibe llamada de la empresa interesándole para que pase por la oficina para recoger el certificado de empresa y una liquidación, habiendo acudido el día 14 de agosto de 2014, entregándole liquidación saldo y finiquito, por importe de -2,45; así como el certificado de empresa; dando por finalizada la relación laboral con fecha de 7 de julio de 2014. En virtud de lo expuesto mi representado no acudirá a la práctica de tiro el próximo día 30/10/2014".

Es decir, extinguida la relación laboral, no sólo suspendida, cuando, con fecha de 28 de octubre de 2014, CASESA comunicó al actor lo siguiente: "En base a lo establecido en el art. 14 C.1.1 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, la Dirección de la Empresa le comunica que a partir del próximo día 1 de Noviembre de 2014, se procede a su subrogación con la empresa SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA S.A., nueva adjudicataria del Servicio de Vigilancia y Seguridad de las instalaciones del Ministerio de Defensa, sitas en Cantabria, en las que Ud. presta servicio, por lo que con fecha de 31 de octubre de 2014 causará baja en nuestra empresa".

Por ello, cuando el 1 de noviembre de 2014, la empresa SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA S.A. se convierte en la adjudicataria del servicio de vigilancia de la Residencia Militar Virgen del Puerto (Santoña), y rehúsa subrogar al actor, éste ya no formaba parte de la plantilla de la anterior porque el contrato se había extinguido el 7 de julio de 2014.

Así lo reconoce la sentencia de instancia cuando expresa que se ha producido: "en el curso del procedimiento la extinción de la relación por parte de CASESA y la negativa de la empresa entrante, SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA, a subrogarse". En realidad, la extinción del contrato, justificada con la aportación del documento de liquidación y finiquito, había acontecido con fecha anterior a la interposición de la demanda.

El actor ya no estaba entonces en situación de suspensión sino de extinción de su relación laboral con la empresa anterior, por mucho que ésta le convocara después para la práctica de los ejercicios de tiro a los que el demandante no acudió porque entendía finalizaba la relación laboral anterior.



A falta entonces de contrato vigente, ya no sólo suspendido, no es aplicable la doctrina del TSJ del País vasco de 1 de julio de 2014 ni la que se cita del tribunal Supremo y, en concreto, la reflejada en sentencias de 17-10-2012, de 28-6-2011 o incluso de 3 de febrero de 1999, que pasan, para llegar al reconocimiento de la subrogación, por la necesidad de mantener la relaciones laborales existentes, lo que en este caso no sucedía, por mucho que, insistimos, la empresa convocara al actor al ejercicio de tiro o incluyera su nombre en los anexos correspondientes al personal subrogable.

Por lo tanto, el criterio de instancia sería de plena aplicación y acierto cuando la relación laboral se encuentra suspendida no cuando, como se ha producido según su propio relato, la extinción se ha producido previamente a la fecha en la que la subrogación pudiera tener operatividad.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimamos el recurso interpuesto por Seguridad Integral Canaria, S.A. contra sentencia del Juzgado de lo Social nº seis, dictada con fecha 15 de diciembre de 2014, autos 578/2014, dictada en virtud de demanda seguida por D. Victorio frente a CASESA y Seguridad Integral Canaria S.A., revocando dicha resolución y, en su lugar, declaramos la improcedencia del despido de la actora, acordado con fecha 13 de agosto de 2014, condenando a la empresa Castellana de Seguridad S.A.U, a estar y pasar por tal declaración, y, a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión o la extinción del contrato con el abono de una indemnización de 9.436,38 y en el primer caso, al abono de los salarios dejados de percibir hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 44,35 euros diarios. Absolviendo, en consecuencia, de las pretensiones deducidas en su contra a Seguridad Integral Canaria S.A.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación. El demandado recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de este Tribunal Superior al tiempo de la preparación del recurso, la consignación de un depósito de 600 Euros en la cuenta nº 3874/0000/66/0325/15, abierta en la entidad de crédito SANTANDER, Código identidad 0030, Código oficina 7001. Igualmente, deberá consignar en la misma cuenta citada, otro depósito por la cantidad total importe de la condena.

Procédase a la devolución a la entidad recurrente de la cantidad constituida por la misma en concepto de depósito, una vez firme la sentencia.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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

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