



Roj: **STSJ CAT 8412/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:8412**

Id Cendoj: **08019340012017105447**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2017**

Nº de Recurso: **7637/2016**

Nº de Resolución: **5232/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA TERESA OLIETE NICOLAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2015 - 8042296

EL

Recurso de Suplicación: 7637/2016

ILMA. SRA. M. TERESA OLIETE NICOLÁS

ILMO. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY

ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

En Barcelona a 13 de septiembre de 2017

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. 5232/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por Swissport Spain, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Barcelona de fecha 8 de julio de 2016, dictada en el procedimiento Demandas nº 690/2015 y siendo recurrido/a Rodrigo, Swissport Handling, S.A. y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. TERESA OLIETE NICOLÁS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de octubre de 2015, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclamación cantidad, 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 8 de julio de 2016, que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo la demanda promovida por Rodrigo, contra SWISSPORTSPAIN, S.L., i FONS DE GARANTIA SALARIAL, sobre Quantitat, condemno a l'empresa a abonar a la part demandant la suma de 4.881,75 euros, més el 10 % anual per mora en el pagament que es meritara a partir del dia 22.10.15 fins la data d'aquesta sentència, i absolc al SWISSPORT HANDLING, SA, i al FONS DE GARANTIA SALARIAL, sense perjudici de la responsabilitat subsidiària d'aquesta última entitat en cas d'insolvència de l'empresa demandada."

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



"Primer.- La part demandant Sr. Rodrigo , amb DNI NUM000 , presta serveis per l'empresa BARCELONA 2B, S.L., amb una antiguitat reconeguda de 16.11.08, amb la categoria professional d'Agent administratiu, realitzant les funcions de supervisor, i percebent un salari de 1.243, 85 euros mensuals inclosa la prorrata de pagues extres, tenint en compte que realitza una jornada del 75 % respecte de l'ordinària.

Segon.- Inicialment el demandant prestava serveis per l'empresa "Servisair Ibérica, S.A.", i en data 16.06.14 es va produir la subrogació a l'empresa ara demandada, amb manteniment de les mateixes condicions de treball. Se li aplicava la retribució i

l'estructura salarial del Conveni col lectiu del sector de handling.

Tercer.- En data 09.07.15 es publica en el BOE el Conveni col lectiu de l'empresa demandada, en el qual es preveu que entraria en vigor el dia següent a la publicació, excepte per als conceptes o matèries que tinguin assenyalades expressament una data diferent. La Disposició adicional 2a diu:

Disposición adicional segunda. Revisión Salarial.

Para los años 2013, 2014 y 2015 se acuerda la siguiente revisión salarial:

Año 2013: Se acuerda un incremento salarial del 0, 3% para todos los trabajadores/as sobre todos los conceptos salariales, abonables en el mes siguiente de la publicación del convenio colectivo en el «BOE».

Año 2014: La empresa abonará a todos los trabajadores/as un incremento salarial del 0, 5 % sobre los conceptos salariales de tabla de 2013, abonable en el mes siguiente de la publicación del convenio colectivo en el «BOE».

Año 2015: La empresa abonará en enero de 2016 a todos los trabajadores/as un incremento salarial del 0, 5 % sobre los conceptos salariales de tabla 2014.

Todos los años en la Comisión Mixta Paritaria, se actualizarán los niveles de entrada de las tablas salariales que hayan quedado por debajo del convenio sectorial del handling después de actualizar las tablas con los incrementos acordados en los puntos anteriores para el año 2013, 2014 y 2015.

Quart.- A partir de la subrogació l'empresa va seguir abonant el mateix salari, i l'estructura salarial, que percebia de la cedent, així com els mateixos conceptes variables (hores nocturnes o plus nocturnitat, hores festives o festius, plus diumenge i hores extraordinàries o peremptòries).

Cinquè.- El conceptes variables que se li abonen a partir del mes d'agost de 2015 són:

complement disponibilitat, plus manutenció, plus distància i transport, plus vestuari. A partir del mes de novembre 2015 se li abona el plus funció Supervisor.

Sisè.- L'art. 84 del Conveni col lectiu de SWISSPORT SPAIN, S.L., estableix, entre d'altres conceptes salarials, els següents:

Plus de Hora Festiva: Remunera de mutuo acuerdo la renuncia a la recuperación de las horas efectivamente trabajadas en días festivos según establece el artículo referente a Festivos y según la cantidad fijada para este concepto en el Anexo I. Se

entiende como días festivos los legalmente establecidos.

Plus de Festivo y Domingo: Retribuye las horas de trabajo efectivamente realizadas en días festivos recuperables y/o domingos. Se abonará la cantidad fijada para este concepto en el anexo I.

Con carácter excepcional, el trabajo en los días 25 de diciembre y el 01 de enero, conllevará el abono de la hora festiva a 5, 15 euros, por cada hora de trabajo efectivamente realizada. ...

Plus de Función: Remunera en relación a las funciones y condiciones específicas del puesto de trabajo, según los importes detallados en la Tabla Salarial incluida en el Anexo I.

Se abonará durante el tiempo que dure la realización de las funciones; si la función no se realizase durante toda la jornada diaria, se percibirá la cuantía del plus de la función realizada como si hubiese realizado dicha función durante toda la jornada diaria.

Los Pluses de Función no son acumulables entre sí; en el supuesto de que se realicen dos o más funciones, se percibirá solamente el de mayor cuantía.

Setè.- La papereta de conciliació es va presentar el 22.10.15, i s'ha intentat la conciliació prèvia a la qual hi va assistir la part demandada, finalitzant l'acte amb el resultat de sense avenença (foli 21)."



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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la empresa SWISSPORT SPAIN, S.A. la sentencia dictada en fecha 8 de julio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona en los autos nº 690/2015 que, estimando la demanda, condenó a la recurrente a abonar al demandante 4.881, 75 euros, más el 10% de interés por mora, más los pronunciamientos inherentes, articulando un único motivo de recurso, -que denomina Primero-, en el que, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, se denuncia la infracción por la sentencia de los artículos 3.2 y 44 del Estatuto de los Trabajadores (E.T.), en relación con la Disposición Adicional Segunda del Convenio Colectivo de SWISSPORT SPAIN, S.A., publicado el 1 de julio de 2015, para argumentar que tras la subrogación por el trabajador demandante en la empresa recurrente en fecha 16 de junio de 2014, le era de aplicación el Convenio Colectivo de la empresa cedente, SERVISAIR IBÉRICA, S.A., esto es, el Convenio Colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (Handling) y no el III Convenio Colectivo de asistencia en tierra (Handling) de Flightcare, S.L., Convenio éste último que se aplicaba en la fecha de la sucesión a los trabajadores de la empresa cesionaria, SWISSPORT SPAIN, S.A., para posteriormente aplicarles el nuevo Convenio Colectivo de Empresa desde que entró en vigor en fecha 9 de julio de 2015, sin que éste último sea de aplicación retroactiva a las diferencias salariales que se reclaman, desde el 01/01/2014 a 09/2015 a cuyo pago se le condena en la sentencia, solicitando la revocación de la misma, -excepto el abono de los 243, 94 euros por importe de 121, 97 euros al mes y duración de dos meses que reconoce adeudar en concepto de "Plus funciones superiores"-.

SEGUNDO.- La cuestión que debe resolver este recurso se centra en determinar el Convenio Colectivo aplicable a los trabajadores en caso de subrogación empresarial ex artículo 44 del E.T., es decir, si deviene aplicable el Convenio de la empresa cesionaria, o el de la cedente.

Esta cuestión ha sido resuelta por la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sección 1ª, sentencia núm. 197/2016, de 21 diciembre. AS 2016\1831, que haciendo referencia a una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, de fecha 18 de marzo de 2014 (autos 1364/2013), que al interpretar la Directiva 2001/23 y el artículo 44 del E.T., expuso: "...la Directiva 2001/23 (que) pretende garantizar "el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, o centros de actividad, y, por ende, la del artículo 44 ET.

En efecto, de la lectura íntegra, global y sistemática tanto de la Directiva 2001/23 como de la norma de trasposición interna como es el art. 44 ET se infiera, con toda claridad, que el objetivo de ambos preceptos es regular y garantizar que -en los diversos supuestos de sucesión de empresa- el nuevo empresario quede obligado no solo a mantener la relación laboral, sino a respetar los derechos y obligaciones derivados de dicha relación laboral, sin perjuicio de regular - también- mecanismos para, una vez producida la sucesión y la correspondiente subrogación, posibilitar la deseable homogeneización con las condiciones laborales aplicables en la empresa cesionaria, incluido el correspondiente convenio colectivo.

Así lo ha entendido la jurisprudencia comunitaria más reciente en relación a este mandato de conservación del convenio colectivo de "origen" y la posibilidad de sustitución por el de "destino", que se resume en los siguientes párrafos de la STJUE de 6.9.11 (caso Scattolon), cuyos razonamientos referidos a la Directiva 77/187 resultan de plena aplicación, dado la posterior Directiva 2001/23 no es más que el resultado de la aclaración de aquella:

"74.- Por consiguiente, la regla prevista en el artículo 3, apartado 2, párrafo

primero, de la Directiva 77/187, según la que «el cesionario mantendrá las

condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha [...1 de aplicación de otro convenio colectivo]», debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a la retribución.

75.- Aunque de lo antes expuesto resulta que la Directiva 77/187 reconoce un margen de actuación que permite al cesionario y a las demás partes contratantes organizar la integración salarial de los trabajadores transferidos de manera que ésta se adapte debidamente a las circunstancias de la transmisión realizada, ello no obsta a que las modalidades elegidas deben ser conformes con el objetivo de dicha Directiva. Como el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente, ese objetivo consiste en esencia en impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión (sentencia de 26 de mayo de 2005, Celtec,



C-478/03, Rec. p. 1-4389, apartado 26 y la jurisprudencia citada, y acerca de la Directiva 2001/23, el auto de 15 de septiembre de 2010, Briot, C-386/09, apartado 26). (...)

No cuestiona la Sala la posibilidad en el apartado 74 de la STJUE 6.9.11 (TJCE 2011, 246), "de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a la retribución", pero tal posibilidad está sujeta a dos límites claramente infringidos en el presente caso:

- El procedimental: el "pacto en contrario" establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores", que prevé el art. 44.4 ET, o "la entrada en vigor o la aplicación de otro convenio colectivo", que establece el art. 3.3 de la Directiva 2001/23.

- y el "finalista", ya que la sustitución convencional "no puede por tanto tener por objeto ni como efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión ...".

Y en el mismo sentido, la STJUE Sala Cuarta, de fecha 11 de septiembre de 2014, que interpretando el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23 (LCEur 2001, 1026) expresa: "... Después [de la transmisión], el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año", y del artículo 4 de la Ley de adaptación de las normas reguladoras del contrato de trabajo (Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetzes, BGBl. 459/1993), en la versión aplicable a los hechos controvertidos en el procedimiento principal (en lo sucesivo, «AVRAG»), que establece, en su apartado 1: "Después de la transmisión de la empresa, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Durante un año desde la transmisión de la empresa no se podrán suspender o limitar por contrato de trabajo individual las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador ...".

TERCERO.- De la lectura jurisprudencia anterior resulta claro que la empresa cesionaria tiene la facultada de integrar al trabajador subrogado entre los demás trabajadores, proporcionándole un sistema retributivo y una cuantía retributiva como la del resto de trabajadores de la empresa, siempre y cuando el trabajador esté de acuerdo con la aplicación y cuantía de dichos parámetros, puesto que nunca puede verse perjudicado a causa de la transmisión, más en todo caso tiene derecho a percibir los mismos derechos y en las mismas cuantías que los previstos en el Convenio Colectivo que se aplicaba en la empresa cedente en la fecha de la transmisión o subrogación, hasta su extinción, o hasta la entrada en vigor de un nuevo Convenio en la cesionaria.

En este caso, como la subrogación se produjo el 16/06/14 y la entrada en vigor del nuevo convenio de Empresa el 09/07/15 -Hechos Probados Segundo y Cuarto-, al no proporcionarle la nueva empleadora, en el momento de la subrogación, los derechos colectivos por los que se regían el resto de sus trabajadores, el trabajador tenía derecho a obtener de la nueva empresa los mismos derechos que, por aplicación del Convenio Colectivo de la empresa saliente, en ésta le eran reconocidos, y ello desde la fecha de la fecha de la subrogación hasta la entrada en vigor del nuevo Convenio de la empresa entrante, que es el que ha aplicado la sentencia con efectos retroactivos, y ello con la finalidad de que la transmisión no le ocasionase perjuicio alguno respecto de sus derechos laborales.

Como tal es lo que sucedió con el demandante, -al que la demandada le siguió otorgando los derechos reconocidos en el Convenio Colectivo de la empresa cedente-, la aplicabilidad del nuevo Convenio ha de producirse para el trabajador demandante desde julio de 2015, fecha de su entrada en vigor. Y como las diferencias salariales y el distinto régimen retributivo reclamado en la demanda son anteriores a dicha fecha, únicamente cabe concluir la estimación del recurso y la revocación de la sentencia, a excepción de los 243, 94 euros por el concepto "Plus funciones superiores" que la empresa reconoce adeudarle, a razón de 121, 97 euros, por dos meses, consideraciones que abocan a estimar el recurso de suplicación y revocar, en parte, la sentencia.

CUARTO.- La estimación total del recurso determina que no proceda condena en costas a la empresa recurrente, así como la devolución depósito que petitiona en su recurso, tal y como se desprende del artículo 203 de la L.R.J.S.

Vistos los preceptos mencionados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



Que ESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por la empresa SWISSPORT SPAIN, S.A. contra la sentencia dictada en fecha 8 de julio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona en los autos nº 690/2015, DEBEMOS REVOCAR y REVOCAMOS en parte dicha resolución. Y ESTIMANDO EN PARTE la demanda planteada por Rodrigo contra SWISSPORT SPAIN, S.A., SWISSPORT HANDLING, S.A. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debemos condenar y CONDENAMOS a SWISSPORT SPAIN, S.A. al abono al Sr. Rodrigo de la cantidad de 243,94 euros, ABSOLVIENDO a SWISSPORT HANDLING, S.A. de las pretensiones ejercitadas. Sin perjuicio de las obligaciones legales del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. Sin costas. Procédase a la devolución del depósito a la mercantil recurrente.

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, 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, 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 la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.