



Roj: **STSJ AND 1385/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:1385**

Id Cendoj: **41091340012019100746**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2019**

Nº de Recurso: **4354/2017**

Nº de Resolución: **667/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO:4354/17 - FS SENTENCIA Nº 667/19

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMA. SRA. DÑA. MARIA ELENA DIAZ ALONSO

ILTMA. SRA. DÑA. MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ

ILTMO. SR. D. JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a siete de marzo de 2019

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 667/19

En el recurso de suplicación interpuesto por Lourdes contra la sentencia del Juzgado de lo Social número DOS de los de JEREZ DE LA FRONTERA en sus autos Nº 1127/15; ha sido Ponente la lltma. Sra. Dña. MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por Lourdes contra SWISSPORT SPAIN SL, IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA SA sobre CONTRATO DE TRABAJO se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 16/10/17 por el Juzgado de referencia, desestimatoria de la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como *hechos probados* se declararon los siguientes:

"PRIMERO.- La actora presta servicios desde el 1-1-11 con la categoría profesional de personal/agente administrativo en el Aeropuerto de Jerez para Servisair Ibérica SA, que desarrolla servicios de handling, y se le venía aplicando el Convenio Colectivo del sector de servicio de asistencia en tierra de aeropuertos.

* En marzo de 2014 la actora percibió 985'33 € brutos sin prorrata:

* salario base 697'98

* incentivo 86'40

* plus domingo 24

* plus festivos 16'24



* turnos partidos 80

* plus transporte 80'71

Los conceptos de plus de domingo, festivos, incentivo y nocturnos eran variables cada mes.

SEGUNDO.- En diciembre de 2013 Servisair Ibérica SA fue adquirida por el grupo Swissport, con transmisión de sus elementos personales y materiales. La actora fue subrogada por Swissport Spain SL el 15-4-14 mediante carta que le indica la aplicación del art 44 ET y continua su relación laboral indefinida a tiempo parcial al 75%.

En mayo de 2014 la actora percibió 979'29 € brutos sin prorrata:

salario base 697'98

plus domingo 24

jornada fraccionada 54

mejora voluntaria 80'71

Los siguientes meses la actora percibió conceptos de plus de domingo, nocturnidad, y horas perentorias de forma variables cada mes, permaneciendo el salario base y el concepto mejora voluntaria en igual cuantía.

TERCERO.- En junio 2015 se publica el Convenio Colectivo de Swissport Spain SL y en julio 2015 se publican las tablas salariales, incluyendo las del año 2014.

CUARTO.- Swissport Spain SL desde 1-8-15 aplica a la actora su propio Convenio Colectivo publicado en junio 2015.

QUINTO.- IBERIA LAE SAU se subroga el 25-9-15 a la actora como indefinida a jornada parcial.

SEXTO.- Por sentencia de 11-1-17 del Juzgado de lo Social nº3 en autos se declara que la actora tiene la categoría de agente administrativo."

TERCERO. - Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Lourdes que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone el presente recurso la parte actora frente a la sentencia desestimatoria de la demanda, en la que reclamaba el abono de diferencias salariales por el período de 15-04-14 a 24-09-15, sosteniendo que debía serle de aplicación el Convenio colectivo de la empresas Swissport Spain S.L., al haber sido subrogada a ésta, el 15-04-14; defiende que su subrogación fue de carácter convencional, y no legal; y además de interesar al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS , la revisión del hecho probado 2º, denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 71 del III Convenio Colectivo del sector de asistencia en tierra en aeropuertos en relación con el art. 72 y siguientes del mismo , y art. 44 del ET .

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b) ,propone la eliminación del hecho probado segundo de la afirmación: "*En diciembre de 2013 Servisair Ibérica S.A. fue adquirida por el grupo Swisport, con transmisión de sus elementos personales y materiales*", permaneciendo inalterado el resto del citado ordinal. Basa tal revisión en la ausencia de medio probatorio óptimo obrante en autos; revisión que no procede, toda vez que la mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho (así, SSTS 23/11/93 (RJ 1993, 8932) -rco 1780/91 ; 21/06/94 (RJ 1994, 5465) -rcud 3210/93 , 11/11/09 -rco 38/08 , 26/05/09 (RJ 2009, 3119) -rco 108/08 y 06/03/12 -rco 11/11) " (SSTS/IV 23-abril-2012 -rco 52/2011 , 26-julio-2013 -rco 4/2013 , 9-diciembre- 2013 -rco 71/2013 , 19-diciembre-2013 -rco 8/2010); y que el error en la apreciación de la prueba únicamente puede fundamentarse en las pruebas documentales y periciales practicadas, que no se proponen; matizando además, que la expresión cuya eliminación se interesa viene avalada de forma evidente por la restante redacción del mismo hecho probado segundo, que sin embargo se mantiene, cuando se consigna en el mismo que "la actora fue subrogada por Swissport Spain S.L. el 15-4-14, mediante carta que le indica la aplicación del artículo 44 y continua su relación...." Por lo que el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del art. 193 LRJS , denuncia el recurrente la infracción del art. 71 , 72 y siguientes del III Convenio colectivo General del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (BOE 21-10-14), y art. 44 del Estatuto de los trabajadores . Sostiene que nos encontramos ante una subrogación convencional, y debió por tanto la empresa demandada cesionaria -SWISSPORT SPAIN S.L. -aplicar a la actora su convenio, que mejora las condiciones salariales de los trabajadores bajo su abrigo, por establecerlo así el art. 73 del convenio colectivo del sector. Reclama la cantidad de 5463,38 euros, que de modo subsidiario



aceptó la demandada, una vez considerado que la jornada era del 75% y no del 100%, en cuyo porcentaje se había realizado el cálculo inicial, y descontando el plus de progresión reclamado para el que no se daban los requisitos exigidos convencionalmente.

Se opone SWISSPORT SPAIN S.L. proponiendo la confirmación de la sentencia recurrida, y defendiendo que la subrogación aquí producida no fue convencional sino legal, producto de la adquisición de SERVISAIR IBERICA S.A. por el grupo SWISSPORT, con la transmisión de sus elementos personales y materiales. Y fruto de dicha transmisión es la aplicación del art. 44.4 del ET.

Y no puede esta Sala sino mantener el citado criterio, asumido por la juzgadora a quo, señalando que de acuerdo con lo manifestado en el ordinal segundo, estamos ante una adquisición por parte del Grupo Swissport de la empresa SERVISAIR IBÉRICA S.A., en la que se incluían tanto los elementos personales como materiales y de la actividad de aquella. Así se le comunica a la actora su entonces empleadora SERVISAIR, mediante la carta de 15-04-14 (folio 178), en la que claramente se indica que el supuesto constituye una sucesión de empresa, en la que se le mantendrán las actuales condiciones de empleo, y trabajo en los términos del art. 44 ET.

El art. 69 del Convenio del Sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, es el que regula la subrogación de servicios denominándola "traspaso de actividad entre operadores y servicios de autohandling" y refiriéndose al supuesto de que un operador capte o recupere parte o toda la actividad de otro operador, pasando a realizar el servicio que prestaba éste.

No estamos sin embargo aquí ante dicho supuesto de traspaso de operaciones de handling desde una operadora a la otra, como ocurre sin embargo en septiembre de 2015, entre SWISSPORT SPAIN S.L. e IBERIA LAE SAU, en cuyo caso se trata de una subrogación convencional, para cuya validez se exige conforme el art. 1205 CC del consentimiento expreso del trabajador cedido, además de no producirse la cesión de elementos materiales necesarios para llevar a cabo la actividad. Estamos sin embargo ante un supuesto de sucesión del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que se produjo una transmisión de elementos organizativos o patrimoniales como dicho precepto exige, tal y como la propia SERVISAIR reconocía en la carta, y ratifica la adquirente -SWISSPORT-. Una empresa es adquirida por otra. Dicho lo cual, dispone el art. 44 en su apartado 4 que "Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de espiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida".

Se pretende con ello, garantizar el mantenimiento de las condiciones laborales fijadas en los pactos o convenios que les venían siendo aplicables a los trabajadores afectados por el cambio de titularidad empresarial, que es lo que aquí aconteció; siendo la regla general, la continuidad del convenio aplicable en la empresa transferida; con una excepción, para el caso de que, una vez consumada la transmisión, se produzca un pacto entre la representación legal de los trabajadores de la empresa transmitida y la empresa cesionaria; pacto que aquí no consta que se produjera.

Ello no quiere decir que la regla general permita la continuidad aplicativa del convenio de procedencia de forma indefinida, debiendo finalizar su vigencia cuando expire el convenio colectivo aplicable a la entidad transmitida o cuando entre en vigor un nuevo convenio colectivo que resulte aplicable a la empresa transmitida.

Y esto es lo que aquí ha ocurrido; no resultando de aplicación los preceptos convencionales invocados, en cuanto que no estamos ante una subrogación convencional, sino ante una sucesión legal, regulada en el art. 44 del Estatuto de los trabajadores, debía la nueva empresa mantener a la actora las condiciones que ésta tenía en su anterior convenio, hasta la entrada en vigor del nuevo convenio de Swissport Spain S.L. cuyas tablas salariales entraron en vigor el 1-08-15. Tal y como efectivamente se hizo. Y como expresamente analiza la sentencia recurrida, la actora vino cobrando el mismo salario base tras la subrogación, aunque se cambiase la denominación de alguno de los conceptos. El plus transporte lo siguió percibiendo, aun cuando modificara su denominación; y el resto de conceptos se le abonaron según los días y horas trabajados cada mes. Y de hecho, la diferencia entre la retribución percibida antes y después de la subrogación legal (ordinales primero y segundo) ascendió a poco más de seis euros, perfectamente justificable en función de las variables acreditadas (domingos, nocturnos...). Con lo cual, y descartada la aplicación de los preceptos convencionales invocados, al no tratarse de una subrogación convencional la aquí producida, lo cierto es que se cumplió en el presente supuesto lo dispuesto en el art. 44 del ET, manteniendo a la actora la vigencia de su convenio de origen, hasta la publicación del nuevo convenio en la empresa de destino, no existiendo al respecto pacto en contrario que obligara a otra solución.



Y habiéndolo entendido así la sentencia recurrida, procede la confirmación de la misma, desestimando íntegramente el presente recurso.

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

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por Lourdes contra la sentencia de fecha 16/10/17 dictada por el Juzgado de lo Social número DOS de los de JEREZ DE LA FRONTERA en virtud de demanda sobre SUCESIÓN DE EMPRESAS-RECLAMACIÓN DE CANTIDAD- formulada por Lourdes contra SWISSPORT SPAIN, IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A. debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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