



Roj: **STSJ AND 8492/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:8492**

Id Cendoj: **41091340012017102510**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2017**

Nº de Recurso: **2615/2017**

Nº de Resolución: **2660/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **EVA MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO: 2615/2017- E SENTENCIA Nº 2660/17
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO SOCIAL
SEVILLA

Recurso: 2615/2017 - E

Dª. ANA MARÍA ORELLANA CANO

Dª. EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

D. FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO

En Sevilla, a veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete.

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

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA Nº 2660/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Juan Manuel Peña León en representación de Dª. Emilia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número DOS de los de Jerez de la Frontera; ha sido Ponente la Magistrada, Iltma. Sra. DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos número 690/2016 se presentó demanda por Dª. Emilia , sobre M.S.C.T. (Contrato de Trabajo), contra IBERIAS LÍNEAS AÉRES DE ESPAÑA S.A.U., se celebró el juicio y se dictó sentencia el 28.3.2017 por el Juzgado de referencia, en la que se desestima las excepciones de falta de acción, la inadecuación de procedimiento y la caducidad y se desestima la demanda, habiéndose dictado auto de aclaración de 12.4.2017 mediante el que se estima la excepción de inadecuación de procedimiento, desestimando la caducidad de la acción y se desestima la demanda.

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

"PRIMERO.- La actora presta servicios para la demandada desde el 21-9-07 con la categoría profesional de personal/agente administrativo en el Aeropuerto de Jerez. Estando la actora prestando servicios, a partir del 8-5-08 se subroga Aga Airlines Ground Assistance SL conforme al I Convenio Colectivo General del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos (Handling). Desde el 4-9-08 se le reduce la jornada a 15 horas



semanales. Y tras sucesivas ampliaciones y reducciones se vuelve a la jornada originaria pactada de 20 horas semanales de forma indefinida desde el 1-11-11, firmando un Anexo al contrato de trabajo.

SEGUNDO.- Con posterioridad la actora fue subrogada por Swissport desde 4-3-14, hasta que IBERIA LAE SAU se subroga el 25-9-15 a la actora como indefinida a jornada parcial. Tras la subrogación de la actora y de otros trabajadores a tiempo parcial IBERIA LAE SAU refleja en algunos registros informáticos la clave FACTP. Esa clave corresponde a los trabajadores con contrato Fijo de Actividad Continuada a Tiempo Parcial que fueron contratados antes de la entrada en vigor del XX Convenio Colectivo de IBERIA LAE SAU.

TERCERO.- En Mayo 2016 el salario de la actora era de 795'74 € bruto sin prorrata. El 7 de junio 16 se abona por atrasos de abril y mayo 16 431'45 €.

CUARTO.- El 2-6-16 IBERIA LAE SAU remite a la actora una carta y al comité de Empresa, que damos por reproducida.

QUINTO.- En Junio 16 la actora percibió un salario de 897'20 € bruto sin prorrata, y en Julio 16 un salario de 1.216'27 € bruto sin prorrata y 519'28 € de paga extra de verano. El 5 de agosto 16 se abona por atrasos de junio y julio 16 345'58 €. El salario de agosto 16 fue de 431'69 €, más 809'95 abonado el 8-9-16 como atrasos, y en septiembre 2016 900'83 € brutos, más 359'86 abonado el 6-10-16 como atrasos. En octubre 2016 se le abona un bruto de 1.880'56 €, más 83'18 € y 19'41 €.

SEXTO.- La actora se encuentra en excedencia desde octubre 2016 a octubre 2017.

SÉPTIMO.- La parte actora interpuso papeleta ante el SERCLA, celebrándose el intento de conciliación sin avenencia".

TERCERO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte actora, que fue impugnado por Iberia Líneas Aéreas de España S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia desestimatoria de la pretensión de que se le reconozca una jornada semanal de 20 horas sin posibilidad de semanas sin periodo de actividad, se alza la demandante por el cauce de los apartados b) y c) del art 193 LRJS, proponiéndose redacción alternativa de los hechos probados, el 1º y el 7º; como la infracción del art.73 D) y 22 del III Convenio Colectivo de Handling, y de la jurisprudencia concretada en la STS de 27-2-2015, nº 1437/15, con el argumento que la demandada al subrogarse en el contrato de la trabajadora proveniente de la empresa SWISSPORT SPAIN S.L. no garantizó una jornada semanal concreta y fija todas las semanas del año. Dicha cuestión está resuelta por esta Sala en la sentencia dictada en el Rec nº 2614/17.

SEGUNDO: La recurrente pretende la revisión del HP 1º para que se adicione "sin periodos de inactividad" por no ser discutido, a lo que no se accede tanto por ser intrascendente al sentido del fallo como por lo consignado en el FDº con valor de hecho "Se ha producido la modificación de una clave informática, que era incorrecta, y el 2-6-16 se les notifica a los trabajadores" referido al cambio de denominación FACT a FTP.

La recurrente pretende añadir un Hecho Probado, el 7º para que conste que los calendarios de enero y febrero de 2017 confeccionados por la demandada recogen la denominación FACTP, y lo apoya en los doc de los f. 30 a 34 a lo que no se accede al no afectar al sentido del fallo.

TERCERO: La recurrente denuncia la infracción del art. 73 D) y 22 del III Convenio Colectivo de Handling, y de la jurisprudencia concretada en la STS de 27-2-2015, nº 1437/15, con el argumento que la demandada al subrogarse en el contrato de la trabajadora proveniente de la empresa SWISSPORT SPAIN S.L. no garantizó una jornada semanal concreta y fija todas las semanas del año.

La cuestión a dilucidar es si la trabajadora tiene derecho a que se respete por la empresa demandada, la jornada laboral mínima semanal que venía realizando en la UTE Swissport, siendo dicha jornada laboral mínima, de veinte horas semanales según el HP 1º.

Entendemos que nos encontramos ante una subrogación, no legal del art. 44 ET, sino convencional, por lo que deberá estarse a lo expresamente previsto en el Convenio Colectivo que sólo garantiza el respeto por parte de Iberia LAE S.A. de la jornada "anual ordinaria de cada trabajador" y no de la duración de la jornada que semanalmente se realizaba en la UTE Swissport, por lo que la pretensión carece de toda apoyo legal pues el artículo 73 D) del II Convenio Colectivo General del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos-Handling lleva por rúbrica "Normas comunes y condiciones de los trabajadores y trabajadoras a subrogar" dispone lo siguiente: "A los trabajadores y trabajadoras procedentes de la Empresa cedente, tanto en los supuestos de subrogación total como parcial, les será de aplicación el Convenio Colectivo o



Acuerdo de la Empresa cesionaria. No obstante, la empresa cesionaria deberá respetar a los trabajadores y trabajadoras subrogadas y subrogadas, como garantías «ad personam», los siguientes derechos: 1. La percepción económica bruta anual, en caso de realizar las mismas variables. En cuanto a las variables, la empresa cesionaria abonará al trabajador o trabajadora el volumen de variables realmente realizado, garantizando el precio unitario que los conceptos variables tenían en la empresa cedente, siempre y cuando éste sea superior al de la empresa cesionaria, hasta el volumen realizado en aquélla. El resto, si lo hubiere, se abonarán al precio unitario vigente en la cesionaria. A tal efecto, se considerarán las realizadas en los últimos doce meses, si bien en el futuro se abonarán las que se realicen.

En cuanto al complemento ad personam que se determine en cada caso, conforme al sistema retributivo vigente en las empresas cesionarias, será competencia de las mismas, en el marco de sus respectivos convenios colectivos, la determinación del reparto de los incrementos salariales que en su caso pudieran acordarse.

En el caso de que las percepciones económicas derivadas de la aplicación del convenio colectivo de la empresa cesionaria, sean más favorables, le serán de aplicación éstas.

Este sistema deberá volver a aplicarse cada vez que el trabajador o trabajadora sea subrogado/a otra empresa, a fin de que su retribución anual se adapte a los conceptos y cuantías de aplicación en la nueva empresa, de modo que se calculen las nuevas condiciones. .../... 5. Jornada anual ordinaria de cada trabajador o trabajadora, así como el número de días de vacaciones.../..." de modo que a lo único a lo que está obligada la empresa cesionaria, IBERIA, es al respeto de la jornada "anual", puesto que la norma convencional que regula la subrogación no impone, visto su tenor literal, el mantenimiento de una jornada semanal que en el caso de la demandante, era de 20 horas semanales, sino el respeto de una jornada anual, que puede ser distribuida a lo largo del año de manera que no sea inferior a la también anual realizada para la empresa cesionaria.

Lo que se debe respetar, en virtud de lo dispuesto en el art. 73 D) 5. del Convenio colectivo de Handling, es la jornada anual ordinaria, es decir que no existe amparo legal para solicitar una jornada semanal determinada, sino una jornada anual que traía de SWISSPORT, que se ha respetado, en cómputo anual.

No hay norma que le garantice a la recurrente una jornada semanal fija, y sí el derecho a la jornada anual ordinaria.

El reparto de dicha jornada anual se debe hacer como marca en la Segunda parte del XX Convenio Colectivo de IBERIA, que es el de aplicación desde el momento de la subrogación, y es en donde se regulan las condiciones de los trabajadores Fijos a Tiempo Parcial, como la recurrente, y ahí no se establece que se tenga derecho a una jornada semanal fija.

Es cierto que existe en la Segunda parte del XX Convenio Colectivo de IBERIA, una Disposición Transitoria 3ª, que se aplica únicamente a los trabajadores que, a la firma del XX Convenio Colectivo de IBERIA (mayo 2014), tuvieran contrato Fijo de Actividad Continuada a Tiempo Parcial (FACTP) con IBERIA, y se les garantizan unas condiciones concretas como garantía ad personam. Pero esas condiciones no son de aplicación a la actora porque tal como la citada Disposición Transitoria 3ª establece solo son de aplicación a los trabajadores que a la firma del XX Convenio Colectivo de IBERIA, en mayo de 2014, tenían dicho contrato como FACTP con IBERIA, y no es el caso de la recurrente que entra en la demandada en septiembre de 2015.

El Convenio de Handling, en su art. 73 D) 2., sólo exige el respeto de la antigüedad del trabajador subrogado a efectos indemnizatorios, en caso de resolución del contrato, y a efectos de elegibilidad en caso de elecciones, por ello, y dado que el Convenio del sector citado sólo establece el computo de la antigüedad a los efectos indicados, y no a los efectos previstos en la DT 3ª, no les es de aplicación la misma por no cumplir el requisito temporal que la misma establece, como es tener la condición de FACTP en IBERIA a la fecha de la firma del XX Convenio Colectivo .

Por último, y respecto de la alegación de infracción de la jurisprudencia concretada en la STS de 27-2-15 rec 1223/14 se desestima pues esa sentencia resuelve un asunto que nada tiene que ver con el que es objeto de este recurso.

En la citada sentencia, lo que se discute es el nivel salarial de entrada en IBERIA, con el que entra el personal que viene subrogado de otras empresas del sector de Handling, ya que IBERIA a su personal de entrada le asignaba el nivel de entrada (nivel 1) según lo dispuesto en art. 125 de su Convenio Colectivo . Cuestión que no es objeto del presente procedimiento. Es evidente, que el nivel de entrada en la empresa, nada tiene que ver con la jornada semanal o anual que se realice, y que es objeto de este recurso.

Fracasados los motivos del recurso, la sentencia es confirmada en todos sus argumentos.

Vistos los precedentes preceptos legales y los demás de general y pertinente aplicación.



FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de D^a. Emilia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Jerez de la Frontera en sus autos núm. 690/2016, en los que la recurrente fue demandante contra IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A.U., en demanda declarativa de derechos, y como consecuencia confirmamos dicha sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y 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".

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.

Una vez firme la sentencia por el transcurso del plazo sin interponerse el recurso, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

PUBLICACIÓN.- Sevilla, a veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete.