



Roj: **STSJ GAL 2214/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:2214**

Id Cendoj: **15030340012015101415**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2015**

Nº de Recurso: **1925/2013**

Nº de Resolución: **1568/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2009 0002517

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001925 /2013. BC

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0001119 /2009 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

Recurrente/s: Rosaura

Abogado/a: ROSA MARIA VILA AMARELLE

Recurrido/s: IBERIA,LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A., AGA AIRLINES GROUND ASSISTANCE SL

Abogado/a: URBANO BLANES APARICIO, JAIME RAMON AMENGUAL ARREGUI

Procurador/a: JAVIER BEJERANO FERNANDEZ

ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

Dª. MARÍA ANTONIA REY EIBE

Dª. ISABEL OLMOS PARÉS

En A CORUÑA, a trece de Marzo de dos mil quince.

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 NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0001925/2013, formalizado por la LETRADA Dª. ROSA MARIA VILA AMARELLE, en nombre y representación de Rosaura , contra la sentencia número 622/2012 dictada por XDO. DO SOCIAL



N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DEMANDA 0001119/2009, seguidos a instancia de Rosaura frente a IBERIA, LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A., AGA AIRLINES GROUND ASSISTANCE SL, siendo Magistrado- Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Rosaura presentó demanda contra IBERIA, LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A., AGA AIRLINES GROUND ASSISTANCE SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 622/2012, de fecha veintiocho de Noviembre de dos mil doce .

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- Don Rosaura celebró contrato con la mercantil logistair Logística y Servicios SL en fecha 13 de abril de 2.006 para la realización de servicios de handling con la categoría profesional de agente de 1ª. SEGUNDO.- El contrato suscrito entre la entidad mercantil AGA Airlines Ground Assistance SL y Vueling para prestar los servicios de handling en el aeropuerto de Santiago de Compostela finalizó en fecha de 30 de junio de 2.009. TERCERO.- Por carta de 19 de mayo de 2.009 AGA ofertaba a la actora la posibilidad de cogerse a la oferta de conformidad con unas determinadas condiciones, haciéndose referencia a la categoría de agente administrativo, para 11 trabajadores. CUARTO.- Por documento de 20 de mayo de 2.009 la demandante manifestó su voluntad de participar en el proceso de recolocación. QUINTO.- Por carta de 26 de junio de 2.009 AGA realiza nueva oferta de recolocación voluntaria en idéntico sentido pero en esta ocasión para 5 plazas, que también fue solicitada por el actor por escrito de 26 de junio de 2.009. SEXTO.- Por comunicación de la empresa de 25 de junio de 2.009 se informaba al actor que con fecha de efectos de 1 de julio de 2.009 se adscribía al mismo al servicio de ventas. SÉPTIMO.- Se celebró intento de conciliación ante el SMAC en fecha de 12 de agosto de 2.009 sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: DESESTIMAR íntegramente la demanda formulada por don Rosaura frente a AGA AIRLINES GROUND ASSISTENCE SL e IBERIA LAE SA a la que absuelvo de todos los pedimentos formulados de contrario.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la parte actora, Rosaura , la sentencia de instancia, que desestimó su demanda, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, para lo cual, con amparo en el art. 193.b) LRJS , insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifiquen los ordinales 1º), 3º), 4º), 5º), NUEVO 7º) pasando el actual a 8º), proponiendo para el PRIMERO: "En fecha 1/12/2006, se modifica la categoría de la actora que pasa a ser COORDINADORA, resultando subrogada en su contrato por parte de la codemandada AGA AIRLINES GROUND ASSISTENCE SL a partir del 6.05.08, reconociéndose antigüedad desde 13.4.06, categoría de agente advo y percibiendo salarios en el año 2012 en cuantía de 757,88 €/mes con prorrata de pagas, al tener jornada reducida de 20 horas semanales por cuidado de hijos desde o 4 de julio de 2010"; cita en su apoyo los documentos obrantes en autos a los f. 46, 48 a 59, 88 a 93, 344 y 345.

Propone para el TERCERO: "Por escrito de 19 de mayo de 2009, con motivo de la finalización del contrato de servicios de handling de pasajeros que prestaba a la compañía Vueling en el aeropuerto de Santiago de Compostela y motivada por la decisión de la misma de que a partir del 1 de Julio pasase a prestar tales servicios IBERIA LAE, la codemandada AGA realizó oferta de recolocación voluntaria en IBERIA LAE, S.A en el aeropuerto de Santiago, ofreciendo tal posibilidad a un total de 11 trabajadores. La delegada de personal dirigió escrito ese mismo día AGA solicitando información complementaria sobre la oferta de recolocación, contestando la empresa con fecha 20 de mayo <que la subrogación en Santiago era total> aportando un listado de trabajadores que podían acogerse a la misma, entre los que se encontraba la actora"; cita en su apoyo los f. 129 a 132 de los autos.

Propone para el CUARTO: "Por documento de 20 de mayo de 2009, y con esa misma fecha, el demandante entregó a la empresa escrito en el que aceptaba acogerse voluntariamente a la citada oferta de Recolocación Voluntaria, aceptando las condiciones que figuraban en la misma, de acuerdo con lo establecido en el Primer Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en tierra de aeropuertos." Cita en apoyo de tal proposición el f. 134 de autos.



Propone para el QUINTO: "Por carta de 26 de junio de 2009 AGA realiza nueva oferta de recolocación voluntaria, en idéntico sentido que la anterior, pero en esta ocasión para 5 plazas, que también fue aceptada por el actor por escrito de 29 de junio de 2009"; Cita en su apoyo el f. 360 de autos.

Propone para el SEXTO: "Por comunicación de la empresa de 25 de junio de 2009 se informaba al actor que con fecha de efectos de 1 de julio de 2009 se adscribía al mismo al servicio de ventas, por cuanto AGA tenía firmado un contrato para la gestión de los Servicios de Ventas de la Compañía Vueling que comenzaría a ejecutarse el día 1 de Julio de 2009." Cita en apoyo de tal propuesta el f. 128 de autos.

Propone para el nuevo ordinal SEPTIMO: "Por escrito de 6.7.09 la demandada AGA AIRLINES GROUND ASSISTENCE SL, reitera comunicación a la actora con oferta de recolocación en IBERIA LAE para cinco trabajadores con categoría de agentes advos, especificando que <tendrán preferencia los trabajadores con menor antigüedad dentro de cada tipo de contrato, por lo que, considerando que se encuentra entre los trabajadores con mayor antigüedad, seguirá perteneciendo a la plantilla de AGA y que en ningún caso se trata de decisión discriminatoria>.., adjuntando lista de trabajadores en el que figura la actora con categoría de adva 1ª perteneciente al departamento de coordinación y figurando en dicho listado como única trabajadora perteneciente al departamento de ventas Dª María Virtudes , que si cesa en la empresa por ser subrogada"; cita en su apoyo los documentos obrantes a los f. 357 al 359 y 370 de autos.

De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo en materia de revisión de hechos probados, tal y como se puede apreciar en la SS.TS 4ª de 18/2/2014 y las que cita de 3/7/2013, (RC 88/11) y 4/5/2013 , (RC 285-11) con cita, entre otras de STS 5/6/2011,(RC 158/2010), que fijan los requisitos para la modificación del relato de hechos, tanto en suplicación como en casación, partiendo del carácter extraordinario de estos recursos. Esa doctrina pone de relieve que la revisión de hechos probados exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º.- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis. 2º.- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. 3º.- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; y 4º.- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las más recientes, SSTS 14 mayo 2013 -rcud. 285/2011 - o 17 enero 2011 -rec. 75/2010); 5º.- La revisión de hechos no faculta al Tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental o pericial alegada que demuestre patentemente el error de hecho, bien entendido que su apreciación no puede entrañar denegación de las facultades valorativas de la prueba atribuidas al Juzgador "a quo", a quien corresponde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la LPL (actual LRJS), apreciar todos los elementos de convicción aportados al proceso y declarar, en función de éstos, los que estime probados. 6º.- No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (STS 16 de diciembre de 1967 , 18 y 27 de marzo de 1968 , 8 y 30 de junio de 1978 , y 2 de mayo de 1985). 7º.- En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (STC 44/1989, 20 de febrero [RTC 1989\44] y 24/1990, de 15 de febrero [RTC 1990\24]). La aplicación de la anterior doctrina a las propuestas de revisión fáctica conlleva: a) En relación con el ordinal primero se admite en parte, pues no pueden introducirse en el debate cuestiones ajenas o posteriores a la fecha de la demanda (octubre 2009), en consecuencia la propuesta que se admite termina en "agente advo", los datos posteriores se refieren a cuestiones posteriores al debate rector; b) en relación con el ordinal tercero el primer inciso se rechaza pues ya consta en dicho ordinal y en el fundamento de derecho segundo con valor fáctico y complementario del anterior; en cuanto al segundo inciso se admite el mismo por cuanto así resulta de los documentos que se invocan; c) en relación con el ordinal cuarto, se rechaza por inútil ya que la propuesta que se efectúa aparece suficientemente recogida en la versión judicial y recalada en fundamentación jurídica; d) en relación con el ordinal quinto, se rechaza por iguales razones que el anterior, ya consta en la versión judicial y en sede jurídica lo que se propone; e) en relación con el ordinal sexto, se admite pues así resulta del documento que se invoca y que permite determinar la causa de la decisión patronal de recolocación por AGA; f) - por último- en relación con el nuevo ordinal séptimo que se propone se admite pues así resulta de los documentos que se invocan.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 193.c) LRJS , denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 61, in fine, 65.1º y 66 A) del I Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (HANDLING), en relación con los arts. 82.3 y 44 LET y en relación con la Directiva 2001/23 CEE de 12.3.01, 11.3.07, 20.1.03 y otras, argumentando que estamos en presencia de una subrogación total del art. 66.a) del convenio y que por lo tanto debe ser subrogado por el nuevo operador todo



el personal de la empresa saliente, pues la actividad de venta de billetes es posterior y no se desempeñó con anterioridad por AGA por lo que concurren los requisitos para que se proceda a la subrogación por IBERIA LAE de la actora.

La cuestión litigiosa objeto del presente recurso consiste en determinar, si en el presente caso concurren los requisitos para estar en presencia de una subrogación por pérdida total de la actividad amparada por el art. 66 A) del Convenio Colectivo de aplicación, (Convenio Colectivo General del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos -Handling-) tal como se solicita en el recurso por la representación letrada del trabajador recurrente, o si, por el contrario, en el presente supuesto, la pérdida de actividad de handling por la empresa del actor es una pérdida parcial de la actividad, incardinable en el art. 66. B) del referido Convenio, que es la tesis que sostiene la Sentencia recurrida. La respuesta a dicha cuestión ya fue dada por este Tribunal en S. 24/9/2013 al resolver el RSU 950 /2013, siendo ambos supuestos similares, pues la única diferencia que aparecería a primera vista entre ambos sería la categoría profesional de los actores, diferencia que una vez admitida la revisión fáctica del ordinal primero, tal y como se expresa, ya no concurre, por lo que ha de darse igual respuesta por existir identidad de razón entre ambos supuestos, dicho lo cual, hemos de afirmar como en el precedente que: "El art. 66 -del convenio colectivo del sector- regula los criterios de subrogación por pérdida de actividad, distinguiendo: A) Subrogación por pérdida total de la actividad, y B) la subrogación por pérdida parcial de la actividad y subrogación por autohandling. En cuanto a la primera se dispone que " El número de trabajadores a subrogar al nuevo operador se corresponderá con el total de la plantilla del operador saliente que voluntariamente manifiesten su aceptación". Y respecto de la segunda se establece que "una vez determinado el porcentaje de actividad perdida, conforme a lo establecido en los artículos anteriores, se aplicará dicho porcentaje por tipo de contrato y, dentro de estos, por grupos laborales tomando como referencia la plantilla dedicada a esa actividad existente en el centro de trabajo afectado del operador saliente....". También ayuda a clarificar la pretensión actora lo dispuesto en el art. 63.B) del mismo Convenio de aplicación, conforme al cual: "En el caso de que un operador perdiera actividad de forma total o parcial, bien por resolución contractual de los servicios de rampa contratados por un usuario (Cia. Aérea) para realizarlos éste en régimen de autoasistencia, bien en el supuesto inverso, o como consecuencia de la captación de dicha actividad por otro operador, el operador o usuario cesionario quedará obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores pertenecientes al operador cedente que voluntariamente lo acepten, en su totalidad o en número y porcentaje equivalente a la actividad efectivamente traspasada...". En el caso enjuiciado, la actividad perdida en la modalidad de asistencia a Pasaje en los centros de trabajo de (entre otros) Santiago de Compostela es una pérdida total de la actividad de handling, de conformidad con el art. 66 A) del Convenio, el número de trabajadores a subrogar al nuevo operador se corresponderá con la plantilla del operador saliente que voluntariamente manifiesten su aceptación de ser recolocados en el operador entrante, y el actor ha manifestado expresamente esa voluntad. De una recta interpretación de la referida norma convencional, el presupuesto básico y esencial para la estimación de la demanda, consiste, por una parte, en acreditar si la actividad perdida era total o parcial, y el trabajador recurrente, cumpliendo con la carga probatoria exigida en el art. 217.2 LEC , ha conseguido acreditar cual ha sido la actividad en tierra asumida por IBERIA, y ha sido el 100% de la actividad de handling de la empresa AGA, empleadora del actor, constando también suficientemente acreditado (y cumpliendo también con dicha carga probatoria) que el demandante se encontraban adscrito al servicio de handling derivado del contrato suscrito entre la empresa AGA AIRLINES GROUND ASSISTANCE SL y la compañía VUELING AIRLINES SA, dedicándose sólo a tareas propias de handling, no habiendo prestando nunca servicios en la Sección de ventas en la que fue recolocado a partir de julio de 2009, consecuentemente, constando la aceptación del actor a dicha subrogación, es claro que debió ser objeto de la subrogación convencional prevista en el art. 66 A) por cumplirse todos los requisitos que dicha norma exige", criterio que ha de ser mantenido en su integridad pues la actora no consta que prestara nunca servicios en venta de billetes, ni siquiera que esta actividad la desempeña AGA con anterioridad para VUELING AIRLINES SA, en consecuencia la pérdida de actividad fue total y por ello la actora debió ser subrogada por IBERIA LAE codemandada acogiéndose el recurso y con revocación de la resolución recurrida se acoge la demanda rectora de los autos.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por Rosaura contra la sentencia dictada el 28/11/12 por el Juzgado de lo Social Nº 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en autos Nº 28/11/2012 sobre RECO **NO** CIMIENTO DE DERECHOS contra AGA AIRLINES GROND ASSISTENCE SL e IBERIA LAE SA y con revocación de dicha resolución acogemos la demanda rectora de los autos y en consecuencia, declaramos el derecho de la actora recurrente a ser subrogado por la codemandada "IBERIA LAE SA", condenando a dicha empresa a estar y pasar por dicha declaración, con todas las consecuencias que de ella se deriven.



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 35 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 35 **** ++).

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 la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.