



Roj: **STSJ AND 12706/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:12706**

Id Cendoj: **29067340012019101218**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2019**

Nº de Recurso: **773/2019**

Nº de Resolución: **1790/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RAMON GOMEZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN

MALAGA

N.I.G.: 2906744420180005086

Negociado: **PC**

Recurso: Recursos de Suplicación 773/2019

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 7 DE MALAGA

Procedimiento origen: Procedimiento Ordinario 383/2018

Recurrente: GROUNDFORCE AGP 2015 UTE

Representante: CAROLINA BERTHIER MARTINEZ

Recurrido: Herminia

Representante: JESUS RUIZ GONZALEZ

Sentencia Nº 1790/2019

ILTMO. SR. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. RAMON GÓMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ

En la ciudad de MALAGA a treinta de octubre de dos mil diecinueve

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, , compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por GROUNDFORCE AGP 2015 UTE contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 7 DE MALAGA, ha sido ponente el **Ilmo./Iltma Sr. /Sra D./ RAMON GOMEZ RUIZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Herminia sobre Procedimiento Ordinario siendo demandado GROUNDFORCE AGP 2015 UTE habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 26/12/2018 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.



SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- Dña. Herminia trabaja como agente administrativo con antigüedad del 26 de marzo de 2004, para la empresa Groundforce AGP 2015 UTE.

SEGUNDO.- La actora trabajaba para la empresa Swissport Spain SA hasta el 25 de noviembre de 2015, pasando a la empresa Groundforce AGP 2015 UTE. En los 12 meses previos al 25 de noviembre de 2015 la actora percibió en Swissport la cantidad de 19.615,84 euros, incluyendo variables más fijos,

TERCERO.- En los 12 meses posteriores ha entrado en el servicio desde el 26 de noviembre de 2015 en Groundforce el actor trabajando el 79% de la jornada y percibe 16.226,49 euros.

CUARTO.- La empresa Groundforce AGP 2015 UTE ha dejado de abonar la cantidad de 3.381,43 euros diferencia de lo percibido en los primeros 12 meses de entrar en el servicio el 26 de noviembre de 2015 a los 12 meses previos trabajados en Swissport. Consta en F.48 y F.49.

QUINTO.- Se celebró conciliación previa el 17 de octubre de 2017 con el resultado de sin avenencia.

No obstante la actora ya formuló reclamación el 15 de noviembre de 2016, mediante comunicación directa escrita a la empresa.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandada, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO : Frente a la sentencia que estimó parcialmente la demanda interpuesta en reclamación de derecho y cantidad, formula la empresa demandada Recurso de Suplicación articulando un motivo de revisión de los hechos declarados probados en 8 apartados al amparo del art. 193.b de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, y un doble motivo de censura jurídica encaminado al examen del derecho aplicado en la misma por el cauce procesal del art. 193.c de la Ley adjetiva laboral al entender que infringe, en el primero el art. 73.d.1 del Convenio colectivo aplicable y las sentencias de la Sala que cita, y en el segundo el art. 1973 del Código Civil, realizando diversas alegaciones y solicitando en los términos que expone la desestimación de la demanda, o subsidiariamente la estimación parcial reduciendo la cantidad objeto de condena a 209,84, o a 891.04 €, a lo que se opone la parte actora en el escrito de impugnación.

SEGUNDO : En el primer motivo que interesa la revisión fáctica, en 8 apartados, pretende la parte recurrente la modificación de los hechos probados nº 2, 3, 4 y 5, con la redacción respectiva y subsidiaria que propone, que se da por reproducida, y en base a la documental que cita, todo ello por el cómputo proporcional de la paga extra y de convenio y vacaciones en la forma que indica, y supresión del segundo párrafo del hecho probado 5 de forma que quede que "Se celebró conciliación previa el 17 de octubre de 2017 con el resultado de sin avenencia.", suprimiendo la frase "No obstante la actora ya formuló reclamación el 15 de noviembre de 2016, mediante comunicación directa escrita a la empresa"..

Es doctrina jurisprudencial consolidada la de que es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral en instancia única y al no existir en el proceso laboral Recurso de apelación, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, de manera tal que en el Recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente con arreglo al artículo 193.b) de la Ley Procesal Laboral pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador a quo hubiera podido incurrir, y que para que prospere la revisión de hechos probados solicitada al amparo del artículo 193 b) de la Ley de Procedimiento Laboral deben concurrir los siguientes requisitos: 1) Que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considere equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) Que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica tildada de errónea, bien sustituyendo a algunos de sus puntos, bien complementándolos; 3) Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más



o menos lógicas, naturales y razonables; 5) Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría.

Y la revisión pretendida por la parte demandada debe prosperar en cuanto a los motivos de revisión de los hechos declarados probados 2 y 4 al deducirse de la documental en que se apoya, nóminas del período correspondiente, dado que las cantidades percibidas en cada período deben calcularse en la forma que expone con el cómputo proporcional y correspondiente de la paga extra y paga de convenio, pues se devenga mes a mes, y no de la totalidad de la paga extra aunque se abone en la nómina en un solo pago, como ya declaró la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 223/19, e igualmente debe deducirse el abono por vacaciones por las razones que alega como también debe tenerse en cuenta el ajuste realizado en la nómina de diciembre de 2016 por tratarse de cantidades imputables al período posterior a la subrogación, por lo que debe recogerse que en el último año desde el 26-11-14 a 25-11-15 el actor percibió un total salarial de 18.048,71 € brutos, incluyendo variables más fijos con una jornada del 75%, y en base a la documental obrante a los folios nº 50 a 68, y desde el 26-11-15 a 25-11-16 percibió 18.072,27 € brutos incluyendo variables más fijos con una jornada del 75%, y en base a la documental obrante a los folios nº 50 a 68 y 153 y 154, por lo que procede estimar estos motivos del recurso.

Y no pueden prosperar los restantes motivos al no cumplir los expresados requisitos, pues no llegan a cumplir el de evidenciar por documental invocada de forma directa el error del juzgador con trascendencia al fallo como también carece de trascendencia para alterar el signo del fallo la supresión del inciso segundo del hecho probado 5 como se verá pues no cabe acoger la prescripción alegada como se declara para caso similar en la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 223/19, por lo que procede desestimar los restantes motivos de revisión de los hechos probados del recurso.

TERCERO : La cuestión litigiosa, sometida a examen y resolución en el presente Recurso de Suplicación interpuesto por ambas partes, queda concretada a determinar la interpretación correcta del art. 73.d.1 del III del Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra de Aeropuertos (handling), precepto analizado por la Sala, entre otras, en las sentencias de la Sala recaídas en Recursos de Suplicación nº nº 486/10, 2245/11 y 2245/17, en las que se declara que "lo que establece dicha norma convencional reguladora de las condiciones de la sucesión de contratistas y a la que debe estarse como se declara entre otras en la Sentencia de la Sala nº 2646/07 de 3-12-07 en Recurso de Suplicación nº 2205/2007, es que a los trabajadores procedentes de la empresa cedente les será de aplicación el convenio colectivo de la empresa cesionaria, pero, salvo que las percepciones económicas derivadas de la aplicación del convenio colectivo de la empresa cesionaria sean más favorables en cuyo caso les serán aplicadas éstas, les debe ser reconocido como garantía ad personam la percepción económica bruta anual en caso de realizar las mismas variables, y por ende que debe serles reconocida la percepción de los conceptos fijos y la misma percepción económica en caso de realizar las mismas variables, y si no las hicieran se garantiza las cantidades percibidas en los últimos doce meses en la empresa saliente, garantizando por ello un montante de percepciones económicas fijas y variables igual al que venían percibiendo en la empresa saliente y mejorables por las condiciones propias de la empresa entrante, y en cuanto a las variables deben percibir como complemento personal al menos las correspondientes a las realizadas en los doce meses anteriores a la subrogación pudiéndose mejorar esta retribución por nuevas o mayores variables que se realicen pero siempre garantizando ad personam dicha cifra mínima de percepción por variables, lo que tiene el sentido de que el trabajador subrogado no puede ser objeto de una reducción de las variables por la empresa entrante pues en ese caso el trabajador subrogado debe percibir como mínimo las variables correspondientes a dichos doce meses anteriores a la subrogación."

CUARTO: El art. 73.d.1 del III del Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra de Aeropuertos (handling) que aparece recogido en el fundamento de derecho 2 de la sentencia recurrida, y, dentro de la sección dedicada al *Proceso general de subrogación*, y bajo la rúbrica *Normas comunes y condiciones de los trabajadores y trabajadoras a subrogar*, el artículo 73.D).1 del CCOL, establece lo siguiente:

D) 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 subrogados 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 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.

Como declara la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 928/17 "En interpretación aplicativa de dicho precepto, la doctrina de suplicación, tras poner de manifiesto que la norma trascrita *no se caracteriza precisamente por su claridad* -como tampoco la interpretación dada por la comisión paritaria, respecto del precepto del I Convenio colectivo del sector, a la que se dedica el hecho probado décimo de la sentencia de instancia-, ha llegado a las siguientes conclusiones;

En primer lugar, la subrogación de referencia no tiene su base en el artículo 44 del *Estatuto de los Trabajadores*, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo [en adelante, ET], sino en el propio mandato del convenio, por lo que no es obligatoria, sino que, a diferencia de lo que sucede con el citado precepto estatutario, sólo afecta a los trabajadores que acepten voluntariamente la subrogación, y así lo confirma el artículo 65, párrafo último, del CCOL.

En segundo lugar, que el régimen jurídico de ese fenómeno subrogatorio se ajustará a lo que disponga el propio convenio que lo establece.

En tercer lugar, que no obstante ello, en la aplicación del nuevo convenio por la empresa subrogada, ésta deberá respetar a los trabajadores subrogados determinada garantía "ad personam".

En cuarto lugar, que la garantía que se establece es que la empresa subrogada respete la *percepción económica bruta anual* que el trabajador subrogado viniera lucrando en la contratista saliente si se dan ciertas condiciones, garantía que no implica que se deba mantener la estructura retributiva anterior, como tampoco que se acuerde que las percepciones de los trabajadores afectados por la subrogación de empresas de *handling* siga siendo igual en todos los casos, que puede ser superior, si así resulta del convenio que se pasa a aplicar; o puede ser inferior, si el trabajador pasa a realizar su actividad laboral en condiciones distintas a las que venía llevando a cabo hasta entonces. De esta manera se trata de evitar que la empresa entrante aproveche para reducir la percepción global de los trabajadores. Pero tampoco éstos pueden pretender aumentar sus ingresos por vía del "espiguelo" entre los convenios aplicables a ambas empresas.

En quinto lugar, la garantía requiere para su aplicación la concurrencia de dos presupuestos:

1º) Que el trabajo se realice en las *mismas variables* en las empresas subrogante y subrogada, debiéndose entender por *mismas variables* que en la empresa entrante y saliente se den las mismas condiciones laborales que dan lugar al devengo de retribuciones variables (tales como trabajo nocturno, en festivo, en régimen de jornada fraccionada, etc), tomando a tal efecto como referencia " *las realizadas en los últimos doce meses*. Y por *volumen de variables* hay que entender el número de ocasiones en que se produce el devengo de retribuciones variables.

2º) Que la retribución global que corresponda conforme al convenio de la empresa subrogada sea inferior al establecido conforme al convenio de la empresa subrogante.

Y en sexto lugar, en cuanto al mecanismo de compensación retributivo a cargo de la empresa subrogada, el convenio sólo se refiere al sistema aplicable a las percepciones variables, pero, en cualquier caso, sean fijas o variables las partidas que se compensen, esa operación puede realizarse bien mediante un complemento "ad personam", bien mediante reparto entre los distintos conceptos equivalentes establecidos en el nuevo convenio que se pasa a aplicar. Pero resaltando que el proceso para determinar si procede o no aplicar alguna de estas fórmulas de garantía retributiva no puede empezar por comparar el salario que corresponde a las partidas fijas o variable de una y otra empresa, porque, si la retribución GLOBAL de la entrante es igual o superior a la de la saliente, no se aplica mecanismo compensatorio alguno (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de octubre de 2014 [ROJ: STSJ M 12549/2014] y de 9 de enero de 2015 [ROJ: STSJ M 7/2015]).

En otras palabras, el mecanismo de las garantías retributivas que recoge el precepto solamente entra en juego cuando la retribución en la empresa cesionaria fuera inferior a la de la empresa cedente, evidentemente computadas todos los conceptos en su conjunto y cómputo anual, pero no concepto a concepto, eligiendo



en cada caso el que resulta más favorable al trabajador (sentencia de dicha Sala madrileña, de 6 de febrero de 2017 [ROJ: STSJ M 1162/2017]).

La previsión del artículo 73.D) del CCOL impone el respeto y mantenimiento de la retribución o percepción económica bruta anual, pero sin que ello suponga garantizar idéntica estructura retributiva (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 16 de septiembre de 2016 [ROJ: STSJ CAT 7772/2016]).

Finalmente -y como se adelantó en el fundamento tercero-, el importe a recibir por el trabajador subrogado será en cualquier caso *la percepción económica bruta anual*, de manera que la operación principal que debe de realizarse en estos supuestos es la determinación de en qué empresa se percibe en conjunto un salario anual superior, para reconocer al trabajador el salario anual bruto superior que resulte en ella. Obviamente, este importe en ningún caso podrá ser inferior al del Convenio Colectivo, que expresamente la norma señala que será el Convenio Colectivo de la empresa entrante (sentencia de la Sala catalana, de 2 de febrero de 2016 [ROJ: STSJ CAT 1202/2016] y 18 de abril de 2016 [ROJ: STSJ CAT 2600/2016]).

Por último, esta Sala ha afirmado que lo que establece dicha norma convencional reguladora de las condiciones de la sucesión, es que a los trabajadores procedentes de la empresa cedente les será de aplicación el convenio colectivo de la empresa cesionaria. Pero, salvo que las percepciones económicas derivadas de la aplicación del convenio colectivo de la empresa cesionaria sean más favorables (en cuyo caso les serán aplicadas éstas), les debe ser reconocido como garantía ad personam la percepción económica bruta anual en caso de realizar las mismas variables, Y, por ende, que debe serles reconocida la percepción de los conceptos fijos y la misma percepción económica en caso de realizar las mismas variables. En el caso de que no se hiciera así, se garantizan las cantidades percibidas en los últimos doce meses en la empresa saliente, esto es, las percepciones económicas fijas y variables iguales a las que venían percibiendo en la empresa saliente, mejorables por las condiciones propias de la empresa entrante. Y en cuanto a las variables, deben percibir como complemento personal al menos las correspondientes a las realizadas en los doce meses anteriores a la subrogación pudiéndose mejorar esta retribución por nuevas o mayores variables que se realicen pero siempre garantizando ad personam dicha cifra mínima de percepción por variables, lo que tiene el sentido de que el trabajador subrogado no puede ser objeto de una reducción de las variables por la empresa entrante pues en ese caso el trabajador subrogado debe percibir como mínimo las variables correspondientes a dichos doce meses anteriores a la subrogación (sentencia de esta Sala, de 4 de octubre de 2012 [ROJ: STSJ AND 15303/2012]).

QUINTO: Con aplicación de los expresados preceptos y doctrina judicial expuesta al caso que se examina, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las alegaciones de las partes, debe atenderse al criterio establecido de que **el mecanismo de las garantías retributivas que recoge el precepto solamente entra en juego cuando la retribución en la empresa cesionaria fuera inferior a la de la empresa cedente, en los términos expuestos.**

Y dado el cómputo anual que se establece, no cabe acoger la excepción de prescripción opuesta por la empresa demandada y rechazada en la sentencia de instancia, pues ciertamente no transcurrió un año desde el 26-11-16 en que se terminó el plazo referido de comparación y dada la fecha del acto de conciliación de 17-10-17, como para caso similar se declaró en la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 223/19 , y por ello debe desestimarse el Recurso de Suplicación en este punto.

Y, en cuanto al cálculo de las cantidades, como se ha dicho la revisión de los hechos probados de la empresa demandada ha prosperado al tener éxito la alegación de que las cantidades percibidas en cada período deben calcularse en la forma que expone con el cómputo proporcional y correspondiente de la paga extra y paga de convenio, pues se devenga mes a mes, y no de la totalidad de la paga extra aunque se abone en la nómina en un solo pago, pues ciertamente debe computarse la parte proporcional y respectiva de la paga extra, y no debe comutarse al abono de vacaciones no disfrutadas y, por ello, efectuado de dicha forma el cálculo, debe concluirse que el actor percibió en el último año desde el 26-11-14 a 25-11-15 un total salarial de 18.048,71 € brutos, y desde el 26-11-15 a 25-11-16 percibió 18.072,27 €, por lo que no existe diferencia que deba ser objeto de abono por la empresa demandada, y debe estimarse el Recurso de Suplicación de la empresa demandada en este punto.

En consecuencia, , procede estimar el Recurso de Suplicación de la empresa demandada con revocación de la sentencia recurrida y desestimación de la demanda, y, por ende no cabe estimar el Recurso de Suplicación de la parte actora al no existir diferencia que deba ser objeto de abono por la empresa demandada en el período desde el 26-11-15 a 25-11-16, no cabe reconocer diferencia por el período posterior desde 26-11-16 a 28-2-17.

SEXTO : Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.



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

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la parte GROUNDFORCE AGP 2015 U.T. E. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº SIETE de MÁLAGA de fecha 26/12/2018, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por Herminia contra GROUNDFORCE AGP 2015 U.T.E. sobre CANTIDAD, y, en su consecuencia, revocando la sentencia recurrida, debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones en la misma contenidas, sin costas.

Una vez firme esta resolución, procédase a la devolución a la recurrente del depósito y de la consignación constituida para recurrir, sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala IV del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO