



Roj: **STSJ M 12853/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:12853**

Id Cendoj: **28079340052017100691**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **20/11/2017**

Nº de Recurso: **703/2016**

Nº de Resolución: **696/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 703/16-LO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0000502

Procedimiento Recurso de Suplicación 703/2016

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid Procedimiento Ordinario 40/2016

Materia : Materias laborales individuales

Sentencia número: 696

Ilmos. Sres

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

-PRESIDENTE-

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a veinte de noviembre de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE 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 de Suplicación 703/2016, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. JUAN MANUEL RODRIGUEZ PRADA en nombre y representación de D./Dña. Basilio , contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en sus autos número 40/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Basilio frente a SWISSPORT HANDLING MADRID UTE (integrada por SWISSPORT HANDLING



S.A. y SWISSPORT AVIATION SERVICES SLU), GROUNDFORCE MAD 2015 UTE (integrada por GLOBALIA HALDING SLU e IBERHALDING SAU) e IBERIA OPERADORA LAE S.A., en reclamación de cantidad, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"1)-La parte actora D^o Basilio ha venido trabajando para la empresa demandada IBERIA OPERADORA LAE S.A con una categoría de AGT SA, comenzó a prestar servicios en la empresa desde el 1-12-87, percibiendo un salario mensual de 1.815,29 euros brutos con prorrateo de pagas extras; y venía prestando sus servicios como personal de handling en el centro de trabajo del Aeropuerto Adolfo Suarez de Madrid.

2)-El actor ha prestado servicios en las empresas codemandadas en las siguientes fechas:

-del 1-12-87 al 18-5-11: en IBERIA OPERADORA LAE S.A

-del 19-5-11 al 30-6-12: en GROUNDFORCE MADRID UTE

-del 1-7-12 al 17-3-14: en SWISSPORT HANDLING MADRID UTE

-del 18-3-14 al 30-10-14: en IBERIA OPERADORA LAU S.A

-del 31-10-14 al 30-11-15: en SWISSPORT HANDLING MADRID UTE

-desde el 1-12-15: en GROUNDFORCE MADRID UTE.

3)-El actor tiene reconocida en nómina la siguiente categoría profesional y antigüedad:

-En la empresa IBERIA OPERADORA LAE S.A: AGT SA y antigüedad: 11-8-10

-En la empresa GROUNDFORCE MADRID UTE: Agente servicios auxiliares/Agente Rampa y antigüedad: 11-8-10

-En la empresa SWISSPORT HANDLING MADRID UTE: H24 ejecuciones/supervisor y antigüedad: 21-8-10

-En la empresa GROUNDFORCE MADRID UTE: Agente de Servicios Auxiliares y antigüedad: 21-8-10.

4)-En fecha 10-8-10 el actor suscribió con IBERIA LAE un documento de extinción del contrato de trabajo, por haberse acogido al ERE NUM000 , optando voluntariamente por la recolocación diferida y renunciando a los derechos adquiridos en la relación laboral anterior, con efectos del 11-8-10. Dicha antigüedad es la reconocida por la empresa desde este momento (documento nº 6 de Iberia).

5)-En fecha 18-5-11 la Cía Pulmantur acordó dar por finalizado el contrato para los servicios de handling de pasajeros y rampa, siendo atribuido el servicio a la empresa GROUNDFORCE MADRID UTE.

6)-En fecha 10-5-11 el actor firma un documento de recolocación voluntaria en la empresa GROUNDFORCE MADRID UTE, sometiéndose al convenio colectivo general del sector (documento nº 8 de Iberia), siendo dado de alta el día 18-5-11. Y en fecha 19-5-11 el actor firma un acuerdo con la empresa, conforme al cual se someten al art. 67 del Convenio colectivo del sector handling en cuanto al respeto de las condiciones laborales que venía disfrutando (documento nº11 de Iberia).

7)-Habiendo impugnado el actor y otros trabajadores la validez de la subrogación que tuvo lugar el 10-5-11; y por sentencia judicial firme de este mismo Juzgado de fecha 8-3-12 (autos 1028/11) se desestima la demanda y se declara que la subrogación es conforme a derecho; sentencia que fue confirmada por sentencia del TSJ Madrid de 9-9-13 .

8)-En fecha 1-7-12, se le adjudican los servicios del handling a la empresa SWISSPORT HANDLING MADRID UTE; y en fecha 22-6-12 el actor presenta un documento de recolocación voluntaria en la empresa SWISSPORT HANDLING MADRID UTE, para la cual comenzó a prestar servicios el 1-7-12.

9)-La compañía Air Lingus decidió dar por finalizada la contrata de prestación de los servicios de handling en fecha 17-3-14 con la empresa SWISSPORT HANDLING MADRID UTE, pasando a prestar servicios la empresa



IBERIA LAE SAU OPERADORA. El actor presentó un documento de recolocación voluntaria en esta última en fecha 10-3-14.

10)-La empresa Pegasus Airlines acordó en fecha 30-10-14 dar por finalizado el contrato de handling con la empresa IBERIA LAE SAU OPERADORA, pasando el servicio a ser prestado por SWISSPORT HANDLING MADRID UTE desde el 31-10-14. En fecha 20-10-14 el actor presentó un documento de recolocación voluntaria en la dicha empresa, sometiéndose al convenio colectivo del sector.

11)-En fecha 31-7-15 la empresa AENA SA adjudicó los servicios de handling a la empresa GROUNDFORCE MAD UTE 2015 desde el 1-12-15.

12)-El actor venía percibiendo en el año 2011 en nómina de la empresa IBERIA OPERADORA LAE SA las siguientes retribuciones: retribución fija (SB, Gratificación individual, Complemento Transitorio, Prima Productividad y Plus Area).

Además, la empresa le abonaba una retribución variable en función de horas nocturnas realizadas (1,76 euros/hora) y los festivos realizados (3,18 euros/hora).

13)-Cuando el actor fue subrogado por la empresa GROUNDFORCE MADRID UTE el día 19-5-11 percibía un SB de 743,20 euros, complemento ad personam de 3,46 euros/día, horas nocturnas a 1,65 euros/hora, horas festivas a razón de 2,66 euros/hora.

Durante el último año (de junio de 2011 a mayo de 2012) el actor percibió en dicha empresa un salario anual total de 17.185,35 euros (documento nº 1 de SWISSPORT y nóminas aportadas por ambas partes).

14)-Cuando el actor fue subrogado por la empresa SWISSPORT HANDLING MADRID UTE el 1-7-12, la empresa le abonaba un SB de 1.118 euros brutos mensuales, un complemento ad personam de 5,84 euros/día, un plus de nocturnidad de 1,65 euros/día, un plus domingo de 2,66 euros/día.

Durante el año siguiente a la subrogación (de julio de 2012 a junio de 2013), el actor percibió un total de 18.654,50 euros brutos anuales (documento nº 1 de SWISSPORT y nóminas aportadas por ambas partes).

Durante el último año que prestó servicios en dicha empresa (de marzo de 2013 a febrero de 2014), percibió un total de 20.694,28 euros brutos (siendo la cuantía proporcional a 222 días un total de 12.586,65 euros) (nóminas aportadas por ambas partes).

15)-Cuando el actor fue subrogado de nuevo por la empresa IBERIA LAE SA el 18-3-14, la empresa le abonaba un SB de 396,01 euros, mas otros complementos; las horas nocturnas a 1,41 euros/hora, horas festivas 2,56 euros/hora, y un complemento ad personam variable según el mes.

Por acuerdo entre empresa y trabajadores, en el año 2013 se acordó una reducción salarial del 11% y en el año 2014 del 7%.

Durante el último año de servicios en la empresa (de noviembre de 2013 a octubre de 2014), el actor percibió un total de 13.951,25 euros brutos anuales (nóminas aportadas por ambas partes)..

16)-Cuando el actor fue subrogado de nuevo por la empresa SWISPORT HANDLING MADRID UTE el día 31-10-14, la empresa le abonaba un SB de 1.261,76 euros, le paga la hora nocturna a 1,51 euros/hora y la hora festiva a 2,71 euros/hora.

Durante el último año de servicios en la empresa (de noviembre de 2014 a octubre de 2015), el actor percibió un total de 19.003,47 euros brutos anuales (documento nº 2 de SWISSPORT y nóminas aportadas por ambas partes).

17)- Cuando el actor fue subrogado por la empresa GROUNDFORCE MAD 2015 UTE el día 1-12-15, la empresa le paga un SB de 926,67 euros brutos mensuales y la hora festiva a 2,73 euros/hora y las horas nocturnas a 1,69 euros /hora.

18)-Todas las empresas demandadas se dedican a los servicios anexos del transporte aéreo (handling).

19)-Las empresas demandadas abonan a los trabajadores un complemento ad personam cuando perciben un salario fijo bruto anual inferior al que venían percibiendo en la empresa cedente.

Los conceptos variables los abona cuando realizan las funciones o actividades que retribuyen, abonándose en la cuantía que venían percibiendo hasta el límite del volumen de horas realizadas en la anterior empresa, y a partir de este límite, por la cuantía del convenio colectivo de la empresa cesionaria.

20)-Las relaciones laborales entre las partes se rigen por el II Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos-handling (BOE 13-10-11) en cuyo art. 73,5, D) se regula la subrogación en los términos siguientes:



"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."

21)-En el III Convenio colectivo General del sector de servicios de Asistencia en tierra en aeropuertos (BOE 21-10-14) señala en el art. 73,6 D):

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."

22)-En fecha 5-2-14 el actor interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC frente a SWISPORT HANDLING MADRID UTE, GROUNDFORCE MADRID UTE e IBERIA LAE SAU en reclamación de 6.474,83 euros brutos en concepto de diferencias salariales devengadas desde la subrogación de 19-5-11; habiéndose celebrada el acta sin aveniencia el 21-2-14 y presentado demanda el 5-3-14 y habiéndose dictado decreto de desistimiento el 26-5-14.

23)-Se intentó el acto de conciliación previa administrativa con efecto de sin aveniencia en fecha 12-3-15, habiendo interpuesto la papeleta el 20-2-15.

24)-En fecha 15-1-16 el actor ha interpuesto denuncia ante la Inspección de trabajo frente a las empresas demandadas, alegando la existencia de las diferencias salariales reclamadas".

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por D^o Basilio debo ABSOLVER Y ABSUELVO a las empresas SWISPORT HANDLING MADRID UTE (integrada por SWISSPORT HANDLING SA y SWISSPORT



AVIATION SERVICES SLU), GROUNDFORCE MAD 2015 UTE (integrada por GLOBALIA HALDING SLU y IBERHALDING SAU) e IBERIA OPERADORA LAE S.A de todos los pedimentos de la misma".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Basilio , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 24/10/2016, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 02/11/2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia ha desestimado la pretensión del demandante de reclamación de cantidad por los conceptos de " *complemento ad personam*" y retribución variable (por horas nocturnas y festivas) que estima que no han sido respetadas por las empresas entrantes en las sucesivas subrogaciones. Frente a este pronunciamiento desestimatorio la representación letrada del actor interpone recurso de suplicación formulando siete motivos, seis de ellos destinados a la revisión fáctica y uno a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado por la representación letrada de Iberia Líneas Aéreas de España S.A. quien formula como cuestión previa que no se puede plantear en vía de recurso cuestiones no introducidas en la demanda, al suponer una variación sustancial, también interesa la revisión del primer párrafo del hecho probado decimoquinto y por la representación Letrada de Swissport Handling Madrid UTE.

SEGUNDO .- Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS , la representación letrada del demandante interesa la revisión del hecho probado decimosegundo proponiendo la siguiente redacción:

"El actor venía percibiendo en el año 2011 en nómina de la empresa IBERIA OPERADORA LAE SA las siguientes retribuciones: retribución fija (SB, gratificación individual, complemento transitorio, prima productividad, plus área, plus de disponibilidad y plus de asistencia) por importe mensual de 1.452,19 euros.

Además la empresa le abonaba una retribución variable en función de horas nocturnas realizadas (1,76 euros/hora) y los festivos realizadas (3,18 euros/hora), habiendo realizado en el año inmediatamente anterior a la subrogación por parte de la empresa GROUNDFORCE 314,75 horas nocturnas y 310 horas de festivos.

El trabajador percibió 10.662.35 euros como retribución global de la empresa IBERIA por los 138 días que trabajó en el 2011 para la misma. Como consecuencia la retribución global de haber trabajado todo el año para la empresa habría sido de 27.814,82 euros ese año 2008 (documento nº 22, folio 900 de prueba de la empresa IBERIA)".

La revisión no alcanza éxito porque no se deduce directamente de los documentos que cita; debió indicar los días en que efectuó las horas nocturnas y festivas, con el número de folio que ampara las mismas, especificando con claridad el error, sin necesidad de acudir a operaciones aritméticas que implican ausencias de lo evidente.

En el segundo motivo interesa la revisión del hecho probado decimotercero proponiendo redacción del tenor siguiente:

"Cuando el actor fue subrogado por la empresa GROUNDFORCE MADRID UTE el día 19-5-11 percibía un SB de 743.20 euros, complemento ad personam de 3,46 euros/día, horas nocturnas a 1,65 euros/hora, horas festivas a razón de 2,66 euros/hora.

Durante el último año, de junio de 2011 a mayo de 2012 el actor percibió en dicha empresa un salario anual total de 17.183,35 euros (documenton1 1 de SWISSPORT y nóminas aportadas por ambas partes).

Durante el último año de prestación de servicios en la empresa GROUNDFORCE el trabajador realizó 192 horas trabajadas en festivos y 624 horas nocturnas.

La retribución bruta anual global del trabajador durante su último año en GROUNDFORCE fue de 20.377,57 euros brutos (suma total de todas las nóminas del último año del trabajador en GROUNDFORCE aportada en el ramo de prueba de SWISSPORT)".



La adición de los dos párrafos interesados se desestiman porque debió especificar con claridad las horas realizadas mes a mes como festivas y nocturnas, indicando el número del documento que las ampara, sin necesidad que la Sala tenga que efectuar operaciones aritméticas que implica ausencia de lo evidente.

El tercer motivo pide la revisión del hecho probado decimocuarto proponiendo redacción alternativa que sigue:

"Cuando el actor fue subrogado por la empresa SWISSPORT HANDLING MADRID UTE el 1-7-12, la empresa le abonaba un SB de 1.118 euros brutos mensuales, un complemento ad personam de 5,84 euros /día, un plus de nocturnidad de 1,65 euros/día, un plus domingo de 2,66 euros/día.

Durante el año siguiente a la subrogación (de julio 2012 a junio de 2013) el actor percibió un total de 18.654,50 euros brutos anuales únicamente en retribuciones fijas (documento nº 1 de SWISSPORT y nóminas aportadas por ambas partes).

Durante el último año que prestó servicios en dicha empresa (de marzo de 2013 a febrero 2014) percibió un total de 20.794,28 euros brutos, de los cuales corresponden a retribuciones fijas con complemento ad personam incluido 17.252,25 euros, mientras que en su defecto 3.442 euros corresponden a retribuciones variables (nocturnidad, festividad, plus transporte, etc).

A tal efecto la cuantía proporcional de los ingresos fijos correspondientes a 222 días es de 10.639,98 euros.

Durante el último año de prestación de servicios en la empresa el trabajador realizó 243,25 horas trabajadas en festivos y 365 horas nocturnas ".

La revisión y adiciones se desestiman por las mismas razones expuestas en los anteriores motivos.

En el cuarto motivo interesa la revisión del hecho probado decimoquinto proponiendo la siguiente redacción:

" Cuando el actor fue subrogado de nuevo por la empresa IBERIA LAE S.A., el 18-3-14, la empresa le abonaba un SB de 396,01 euros, más otros complementos; las horas nocturnas a 1,41 euros/hora, horas festivas 2,56 euros/hora, y un complemento ad personam variable según el mes.

Por acuerdo entre empresas y trabajadores, en el año 2013 se acordó una reducción salarial del 7% a aplicar antes del 2014, habiendo ingresado el trabajador en la empresa en fecha 18.03.14 (documento nº 27 del ramo de prueba de IBERIA).

Durante el período de servicio en la empresa (de marzo de 2014 a octubre de 2014) el actor percibió un total de 13.951,25 euros brutos anuales. Certificado aportado por IBERIA (documento 23 de ramo de prueba), correspondiente a 222 días, correspondiéndole una anual de 22.623,64 euros.

El trabajador durante este periodo de subrogación realizó 263 horas festivas y 205,35 horas nocturnas (suma de todas las nóminas aportadas por IBERIA respecto a este periodo en el documento nº 25 de su ramo de prueba)".

El motivo se desestima por las razones expuestas al desestimar las anteriores revisiones.

La representación letrada de la empresa Iberia Líneas Aéreas de España S.A. interesa la revisión del primer párrafo del hecho probado decimoquinto que se desestima al no citar número de folio del que se desprenda directamente la redacción pretendida sin necesidad de acudir a operaciones aritméticas.

En el quinto motivo interesa la revisión del hecho probado decimosexto que tendría el siguiente contenido:

" Cuando el actor fue subrogado de nuevo por la empresa SWISSPORT HANDLING MADRID UTE el día 31-10-14, la empresa le abonaba un SB de 1.261,76 euros, le paga la hora nocturna a 1,51 euros/hora y la hora festiva a 2,71 euros/hora.

Durante el último año de servicios en la empresa (de noviembre de 2014 a octubre de 2015), el actor percibió un total de 19.886,51 euros brutos anuales (suma de todas las nóminas aportadas por la empresa SWISSPORT en su ramo de prueba documental).

El trabajador durante este periodo de subrogación realizó 312 horas festivas y 376 horas nocturnas en un período de 222 horas (suma de todas las nóminas aportadas por SWISSPORT respecto a este periodo en el documento)".

El motivo se desestima por las razones expuestas al desestimar las anteriores revisiones y en cuanto al salario percibido de noviembre de 2014 a octubre 2015 hay que estar al que resulte de la documental que cita la juzgadora de instancia.

En el sexto motivo interesa la adición de un hecho probado vigesimoquinto proponiendo la siguiente redacción:

"El trabajador antes de su subrogación por GROUNDFORCE MADRID UTE en fecha 19.05.2011 tenía derecho a percibir una retribución bruta anual global de 27.814,82 euros.



El trabajador en su último año de prestación de servicios en GROUNDFORCE MADRID UTE, percibió 20.366,57 euros de retribución global.

El trabajador en su último año de prestación de servicios en SWISSPORT HANLIN UTE, antes de la subrogación en IBERIA en fecha 19.03.14 percibió 20.694,28 de retribución global.

El trabajador de haberse materializado el año efectivo de trabajo en IBERIA, tras la subrogación del 2014 hubiera cobrado 22623,34 euros de retribución global.

El trabajador en su último año de prestación de servicios en SWISSPORT HANLIN UTE antes de la subrogación en GROUNDFORCE MA 2015 UTE percibió 19.886,51 euros de retribución global".

La adición se desestima porque no cabe introducir valoraciones impropias del relato fáctico y debió desglosar las cantidades percibidas, mes a mes, con indicación del número de folio que ampara las mismas.

TERCERO .- Al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS , en el séptimo motivo alega infracción del artículo 73 del Convenio Colectivo de aplicación; sostiene que en la primera subrogación, GROUNDFORCE procedió a reducir las retribuciones fijas del trabajador de manera que el complemento " *ad personam*" pasó de 11,95 euros diarios a 3,46 euros diarios, incumpliendo con las retribuciones variables; en la segunda subrogación operada por SWISSPORT, alega que si se toman los datos que GROUNDFORCE aportó hubiese sido más favorable para el actor pues la empresa le abonaba como SB 1.118 euros brutos mensuales, un complemento " *ad personam*" de 5,84 euros/día, manteniendo las variables al mismo precio; la tercera subrogación operada por IBERIA viene lastrada por la primera subrogación; la cuarta subrogación, si se sigue considerando los módulos retributivos que percibía en 2011 debería abonar 2.034,60 euros conforme al pedimento de la demanda y en caso de fijación global 7.995,21 euros.

Como recoge la sentencia recurrida, la sentencia de esta Sala de diez de octubre de 2014, recurso nº 119/2014 , señala: "(...) *La subrogación de referencia no tiene su base en el art. 44 ET , sino en el propio mandato del convenio.*

Por tanto, la subrogación 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. (...)

En ese sentido se pronunció en su día la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de enero de 2009 (rec. 4218/08): "la sucesión de contratas de servicio de handling no entraña ningún supuesto de sucesión de empresa por mandato legal del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , tal como tiene proclamado una pacífica jurisprudencia, de la que, por todas, citaremos las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2.003 y 29 de junio de 2.005 , dictadas ambas en función unificadora, al no concurrir los presupuestos constitutivos de la expresada figura jurídica".

(...)

(...) el régimen jurídico de ese fenómeno subrogatorio se ajustará a lo que disponga el propio convenio que lo establece. Y éste acuerda: "será de aplicación el Convenio Colectivo o Acuerdo de la Empresa cesionaria".

A este respecto la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de julio de 2011 (Recurso: 547/2011) indica: "Como ha señalado esta misma Sala-sentencia de 30-1-2009 (rec. 4218/2008)- (...) la nueva empresa adjudicataria del servicio de handling está obligada por mandato convencional a subrogarse en los contratos de trabajo de los empleados que libremente expresen el deseo de integrarse en su plantilla, si bien los mismos se registrarán por la norma pactada o acuerdo colectivo aplicable a su nuevo empleador".

(...) No obstante, la aplicación del nuevo convenio por la empresa subrogada, ésta deberá respetar a los trabajadores subrogados determinada garantía «ad personam».

(...) 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. Así lo resaltan las sentencias de este Tribunal de 29 de enero de 2010 (rec. 3276/2009), 20 de mayo de 2011 (rec. 4906 /), 18 de julio de 2011 (rec. 547/11), 6 de febrero de 2012 y 17 de diciembre de 2013 (rec 1964/10).

Esa garantía no implica que se deba mantener la estructura retributiva anterior, según recoge la citada sentencia de 18 de julio de 2011 : "esto último en modo alguno equivale, como parece pretender el recurrente, a que haya de garantizársele idéntica estructura retributiva que antes mantenía, y que, como es natural, no tiene por qué coincidir en una y otra norma colectiva".

Tampoco consiste en acordar que las percepciones de los trabajadores afectados por la subrogación de empresas de "handling" siga siendo igual en todos los casos. Puede ser superior, si así resulta del convenio que se pasa a aplicar. 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 de "espiguelo" entre los convenios aplicables a ambas empresas, tal como dijo la citada sentencia de este Tribunal de 30 de enero de 2009 : "En realidad, lo que trata de lograr el actor, aunque no lo diga explícitamente, es que se le retribuya según las cuantías previstas en el Convenio Colectivo de la nueva adjudicataria, y en lo tocante a los conceptos económicos que carezcan de reflejo en su estructura retributiva, se le continúe aplicando el Convenio propio de la empresa cedente, en este caso, Ineuropa Handling UTE, lo que constituye un claro ejemplo de "espiguelo".

(...) 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. Por "mismas variables" parece que se debe entender 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". 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".

Continúa señalando que 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, diciendo dos cosas:

1ª) El número o volumen de variables que se deben abonar por la empresa subrogada son las realmente realizadas en ella.

2ª) Cómo se fija su precio a efecto de la garantía que debe abonar la entrante: si ese "volumen" es inferior o igual al de la saliente, se garantizará el precio unitario que dichas variables tenían en la empresa subrogante. Si el volumen es mayor, esa diferencia en más se abonará al precio establecido por la normativa aplicable en la cesionaria.

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, volvemos a resaltar, 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".

La sentencia recurrida, partiendo de la normativa convencional aplicable y de la sentencia citada, examina si las empresas codemandadas han venido respetando el mecanismo de subrogación establecido en el convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos-handling; así señala que el 10 de mayo de 2011, el actor firmó un documento de recolocación voluntaria en la empresa GROUNDFORCE MADRID UTE sometiéndose al convenio colectivo general del sector, siendo dado de alta el día 18 de mayo de 2011 y el 19 de mayo de 2011 firmó un acuerdo con la empresa, conforme al cual se somete al artículo 67 de la norma convencional mencionada en cuanto al respeto de las condiciones laborales que venía disfrutando. El actor y otros trabajadores impugnan la validez de la subrogación y por sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid de fecha 8 de marzo de 2012 , autos 1028/2011, confirmada por sentencia de la Sala de 9 de septiembre de 2013 , se declaró la subrogación conforme a derecho. Constaba que en el año 2011, en la nómina de IBERIA OPERADORA LAE SA percibía retribución fija (SB, gratificación individual, complemento transitorio, prima productividad y plus área) y, además, la empresa le abonaba una retribución variable en función de horas nocturnas realizadas (1,76 euros/hora) y festivos realizados (3,18 euros/hora). Cuando fue subrogado por GROUNDFORCE MADRID UTE percibía un SB de 743,20 euros, complemento " ad personam" de 3,46 euros/día, horas nocturnas a 1,65 euros/hora, horas festivas a razón de 2,66 euros/hora.

Posteriormente, el 1 de julio de 2012 tiene lugar subrogación por parte de SWISSPORT HANDLING MADRID UTE; el 22 de junio de 2012 el actor presentó documento de recolocación voluntaria. En esta empresa percibía un SB de 1.118 euros brutos mensuales, un complemento " ad personam" de 5,84 euros/día, un plus de nocturnidad de 1,65 euros/día, un plus domingo de 2,66 euros/día. Es decir, pasó a percibir un mayor salario en la empresa entrante, existiendo identidad entre los conceptos variables. Estima que el demandante no ha



probado el volumen de las variables realizadas en los últimos doce meses, no existiendo diferencia salarial a favor del trabajador.

En la siguiente subrogación que tiene lugar del 18 de marzo de 2014 al 30 de octubre de 2014, en la empresa IBERIA OPERADORA LAU SA, el actor presentó documento de recolocación voluntaria el 10 de marzo de 2014, no existiendo subrogación obligatoria por parte de las empresas intervinientes. Durante el último año que prestó servicios en SWISSPORT (de marzo de 2013 a febrero de 2014) percibió un total de 20.694,28 euros brutos y que si se hubieran realizado diferentes variables, debería haber probado el volumen de las mismas en los últimos doce meses, que no ha sido desglosado y acreditado en modo alguno.

En la subrogación que tiene lugar del 31 de octubre de 2014 al 30 de noviembre de 2015, por la empresa SWISSPORT HANDLING MADRID UTE, consta que el 20 de octubre de 2014 el actor presentó documento de recolocación voluntaria sometiéndose al convenio del sector. En IBERIA percibía un SB de 396,01 euros, más otros complementos; las horas nocturnas a 1,41 euros/hora, horas festivas a 2,56 euros/hora, y un complemento " *ad personam*" variable según el mes; en SWISSPORT percibe en ese periodo un SB de 1.261,76 euros, le paga la hora nocturna a 1,51 euros/hora y la hora festiva a 2,7 euros/hora; por tanto, percibe un SB unos variables en cuantía superior a la empresa cedente. Percibió 19.003,47 euros brutos anuales, un salario anual superior al que había percibido con la cedente, sin que haya acreditado el volumen de las variables realizadas en los últimos doce meses.

El 1 de diciembre de 2015 tiene lugar la subrogación por la empresa GROUNDFORCE MADRID UTE. En la empresa SWISSPORT HANDLING MADRID UTE le abonaban un SB de 1.261,76 euros, le paga la hora nocturna a 1,51 euros/hora y la hora festiva a 2,71 euros/hora, mientras que GROUNDFORCE le paga un SB de 926,67 euros brutos mensuales, la hora festiva a 2,73 euros/hora y las horas nocturnas a 1,69 euros/hora. Se aprecia una disminución del SB, pero un incremento en las variables, estimando que dado que no había transcurrido un año desde la subrogación no era posible valorar si se respeta el salario bruto anual, conforme al convenio colectivo aplicable, teniendo en cuenta, además, que no desglosa debidamente, ni en la demanda ni el escrito de aclaración, las diferencias salariales devengadas en el periodo reclamado, no acreditando de manera suficiente las diferencias salariales que reclama. Por tanto, en cada una de las subrogaciones se ha respetado las garantías convencionales y, además, el demandante no ha acreditado de manera suficiente que se hayan devengado las diferencias a su favor durante el período reclamado. Los razonamientos expuestos se comparten por la Sala, lo que lleva a desestimar el motivo y el recurso, confirmando la sentencia recurrida.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, en autos nº 40/2016, seguidos a instancia de D. Basilio contra SWISSPORT HANDLING MADRID UTE (integrada por SWISSPORT HANDLING S.A. y SWISSPORT AVIATION SERVICES SLU), GROUNDFORCE MAD 2015 UTE (integrada por GLOBALIA HANDLING SLU e IBERHANDLING SAU) e IBERIA OPERADORA LAE S.A, en reclamación de cantidad, confirmando la misma. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0703-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).



Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0703-16.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 24/11/17 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ