



Roj: **STSJ M 469/2009 - ECLI:ES:TSJM:2009:469**

Id Cendoj: **28079340012009100003**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2009**

Nº de Recurso: **4218/2008**

Nº de Resolución: **57/2009**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JUAN MIGUEL TORRES ANDRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0004218/2008

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.1

MADRID

SENTENCIA: 00057/2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 4218/08

Sentencia número:57/09

P.

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Presidente

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilma. Sra. D^a. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a treinta de enero de dos mil nueve, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

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 número 4218/08 interpuesto por DON Clemente , contra la sentencia dictada en 13 de mayo de 2.008 por el Juzgado de lo Social núm. 31 de los de MADRID , en los autos núm. 324/08, seguidos a instancia del citado recurrente, contra la empresa GLOBALIA HANDLING, S.A.- SERVICIOS PORTUGUESES DE HANDLING, S.A., UTE (GROUNDFORCE MADRID UTE), en materia de reclamación de cantidad, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS, 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:

1º.- DON Clemente trabaja para la empresa GLOBALIA HANDLING, SA, SERVICIOS PORTUGUESES DE HANDLING, SA con antigüedad de 4-04-2005, categoría profesional de auxiliar de servicios generales y salario de 19702,88 euros anuales fijos, con más 2931,52 euros anuales de retribuciones variables.

La empresa antes dicha se subrogó en el contrato del demandante con efectos de 11-02-2007, aceptándose voluntariamente dicha subrogación por el actor, quien trabajó hasta dicha fecha para la empresa INEUROPA HANDLING UTE.

2º.- La empresa cesionaria le ha aplicado su propio convenio colectivo desde la fecha antes dicha, habiendo percibido unas retribuciones fijas de 19702,88 euros y 2931,12 euros por retribuciones variables desde febrero 2007 a febrero 2008.

Caso de aplicársele el convenio de la empresa cedente en el período indicado habría percibido 18167,38 euros fijos, habiendo percibido por retribuciones variables en el año precedente la cantidad de 2611,54 euros.

3º.- El convenio general del sector se publicó en el BOE de 18-07-2005. - El convenio de INEUROPA HANDLING UTE se publicó en el BOE de 22-07-2005. - El convenio, de GLOBALIA se publicó en el BOE de 9-02-2007.

4º.- El 27-02-2008 interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC, que tuvo lugar sin efecto por incomparecencia de las empresas codemandadas, quienes constaban citadas legalmente, el 19-03-2008.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimando la demanda en reclamación de cantidad, interpuesta por DON Clemente, vengo a absolver a la empresa GLOBALIA HANDLING, SA, SERVICIOS PORTUGUESES DE HANDLING, SA de los pedimentos de la demanda".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, 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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 16 de septiembre de 2008, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 14 de enero de 2009 señalándose el día 28 de enero de 2009 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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 desestimó íntegramente la demanda que rige estas actuaciones, dirigida contra la empresa Globalia Handling, S.A.-Servicios Portugueses de Handling, S.A., UTE (Groundforce Madrid UTE), y en la que el actor reclama un total de 4.822,25 euros en concepto de diferencias salariales del período que se extiende de febrero de 2.007 a enero de 2.008, ambos meses inclusive, amén del recargo anual por mora. Recurre en suplicación el demandante instrumentando dos motivos, ambos con adecuado encaje procesal, de los que el primero se ordena a revisar la versión judicial de los hechos, mientras que el otro lo hace al examen del derecho aplicado en la resolución combatida.

SEGUNDO.- El motivo inicial, encaminado, como antes dijimos, a denunciar errores in facto, postula la adición de un nuevo hecho probado a la sentencia recurrida, que diga así: "El trabajador ha percibido las cantidades en la empresa saliente que se detallan en los folios 78 a 90 de los Autos y ha percibido en la empresa entrante las cantidades que se detallan en Anexo de la demanda en el epígrafe de Cobró, que se dan aquí por reproducidas", para lo que se apoya en los documentos que figuran a los folios 25 a 40 y 78 a 103 de autos, todos ellos recibos oficiales de salario pertenecientes al actor. Esta petición novatoria tiene que decaer por varias razones. En efecto, como tiene declarado la jurisprudencia, sólo se admitirá el error de hecho en la apreciación de la



prueba cuando concurren las siguientes circunstancias: "a) Señalamiento con precisión y claridad del hecho negado u omitido; b) Existencia de documento o documentos de donde se derive de forma clara, directa y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas; c) Ser la modificación o supresión del hecho combatido trascendente para la fundamentación del fallo, de modo que no cabe alteración en la narración fáctica si la misma no acarrea la aplicabilidad de otra normativa que determine la alteración del fallo" (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1.993). A su vez, según esta misma doctrina, el documento en que se base la petición revisoria debe gozar de literosuficiencia, pues: "(...) ha de ser contundente e indubitado per se, sin necesidad de interpretación, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el Juzgador estén en franca y abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la recurrida" (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1.990).

TERCERO.- Pues bien, la pretensión actual resulta, de un lado, superflua, por repetitiva y, de otro, tal como está planteada, irrelevante para el signo del fallo. Nos explicaremos. En cuanto a los importes salariales lucrados por el recurrente a cargo de la empresa traída al proceso, quien, según consta en el hecho probado primero de la resolución impugnada, que no es atacado, "se subrogó en el contrato del demandante con efectos de 11-02-2007, aceptándose voluntariamente dicha subrogación por el actor, quien trabajó hasta dicha fecha para la empresa INEUROPA HANDLING UTE", porque ninguna razón justifica que, para su concreción, sea menester acudir al anexo a la demanda rectora de autos cuando, como es fácil comprobar, se trata de extremo fáctico que luce con suficiente pormenor en el segundo de tales hechos probados, a cuyo tenor: "La empresa cesionaria le ha aplicado su propio convenio colectivo desde la fecha antes dicha, habiendo percibido unas retribuciones fijas de 19702,88 euros y 2931,12 euros por retribuciones variables desde febrero de 2007 a febrero de 2008. Caso de aplicársele el convenio de la empresa cedente en el período indicado habría percibido 18167,38 euros fijos, habiendo percibido por retribuciones variables en el año precedente la cantidad de 2611,54 euros", conclusión que el Juez a quo extrajo, precisamente, de los documentos obrantes a los folios 78 a 103 de las actuaciones, coincidentes en su mayoría con los que sirven de soporte al motivo, tal como aquél señala en el apartado b) del fundamento segundo de su sentencia. Se trata, pues, de dato que ya aparece en la premisa histórica de ésta, sin que sea aceptable la nueva valoración de la prueba que propone quien hoy recurre, tratando, así, de suplir el criterio del Juzgador, por principio objetivo e imparcial, por el suyo propio, sin duda interesado.

CUARTO.- En lo que toca a la parte variable de la retribución recibida de su anterior empleador, o sea, Ineuropa Handling UTE, en el año que precedió a la subrogación convencional de índole voluntaria antes mencionada, no nos queda sino decir otro tanto, habida cuenta que su importe consta igualmente en el ordinal segundo de la versión judicial de los hechos, que también cuantifica lo que el trabajador habría cobrado durante el período reclamado conforme a la norma pactada de aplicación a la empresa saliente o, si se prefiere, cedente. A su vez, establecer la remuneración del año precedente a la subrogación en las "cantidades (...) que se detallan en los folios 78 a 90 de los Autos", tal como pide el motivo, supone tanto como no decir nada, pues se trata de una mera reiteración, ya que, obrando tales documentos en autos, bastará con remitirse a ellos para defender la tesis que en esta sede se hace valer, la cual en algunos de sus aspectos varía ciertamente respecto de lo alegado en la demanda. En todo caso, lo realmente trascendente radica en conocer, además de lo percibido por el demandante el año anterior a la subrogación operada como remuneración variable, el montante salarial que en el lapso temporal objeto de reclamación habría lucrado de haber seguido aplicándosele el Convenio Colectivo de la precedente adjudicataria del servicio, es decir, Ineuropa Handling UTE, y éste es extremo que figura debidamente reflejado en el hecho probado segundo de constante cita. A su vez, la irrelevancia de la petición deriva, como luego se verá, de la aplicación de la normativa paccionada que regula la materia controvertida, mas esto será objeto de examen en el siguiente motivo, todo lo cual conduce al fracaso del actual.

QUINTO.- El segundo, y último, dedicado ya a censurar errores in iudicando, señala como vulnerado el artículo 26.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo, trayendo también a colación como infringida la doctrina recogida en diversos pronunciamientos de Salas de suplicación, que, como es sabido, no constituyen jurisprudencia según el artículo 1.6 del Código Civil . Ya expusimos que el planteamiento del actor en sede de suplicación ha cambiado en algunos puntos en relación con el de la demanda rectora de autos. Sostiene ahora básicamente que no se trata de cuestión que aparezca vinculada a la determinación de cuál haya de ser el Convenio Colectivo aplicable tras la subrogación empresarial operada en fecha 11 de febrero de 2.007, sino que, producida ésta con base en el Capítulo XI del vigente Convenio Colectivo General del Sector de Servicio de Asistencia en Tierra en Aeropuertos (Handling), al socaire, sobre todo, de sus artículos 61 y 67 , sus efectos han de ser los mismos que los de una sucesión empresarial ex artículo 44 del Estatuto Laboral, por lo que la adjudicataria entrante



debió respetar en su totalidad las condiciones salariales mantenidas con ocasión de la relación contractual que le unió a la empresa saliente, entre ellas, la propia estructura retributiva, a la sazón, existente, y sin que, a su entender, puedan entrar en juego las previsiones normativas que disciplinan las instituciones neutralizadoras de la compensación y absorción, habida cuenta que muchos de los conceptos salariales en comparación resultan heterogéneos. Desde luego, el planteamiento de la demanda no era otro que la continuidad en la aplicación de la norma pactada del anterior empleador, esto es, Ineuropa Handling UTE. Como relata el hecho quinto de la misma: "(...) por ello, la Empresa demandada adeuda a cada uno de mis representados las cantidades que para cada uno de ellos se reclaman en el Anexo del presente escrito, calculadas de acuerdo al Convenio Colectivo de aplicación entre los trabajadores y la Empresa demandada es (sic) I Convenio Colectivo del Grupo INEUROPA HANDLING, publicado en el BOE el 22 de julio de 2005".

SEXTO.- Tampoco este motivo puede prosperar. Varias son las razones para ello. Ante todo, porque la sucesión de contratistas 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. Se trata, si bien se mira, de una subrogación empresarial basada en las previsiones de la norma convencional sectorial, que, además, ésta configura como voluntaria para el trabajador -ver último párrafo del artículo 61 del Convenio Colectivo General a que antes nos referimos-. Por ello, como con acierto entendió el Magistrado de instancia, su regulación no puede ser otra que la establecida en dicha norma colectiva. En tal sentido, el artículo 67 D) del Convenio examinado dispone, en lo que aquí interesa, que: "A los trabajadores 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 subrogados, 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, se considerarán las realizadas en los últimos doce meses, si bien en el futuro se abonarán las que se realicen. 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 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", mandato que reitera el párrafo penúltimo del artículo 68 del Convenio, al prescribir que: "(...) La empresa cesionaria vendrá obligada a incorporar a su plantilla a los trabajadores que hayan solicitado voluntariamente su pase a la misma, en las condiciones expresamente contempladas en el art. 67 del presente capítulo".

SEPTIMO.- Dos son, por tanto, las conclusiones que ya podemos sentar: una, que 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 regirán por la norma pactada o acuerdo colectivo aplicable a su nuevo empleador; y la otra, que, en todo caso, éste debe respetar necesariamente la "percepción económica bruta anual" que el trabajador subrogado viniera lucrando en la contratista saliente. Obviamente, 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. O sea, la nueva adjudicataria habrá de proceder a adaptar dicha estructura "a los conceptos y cuantías de aplicación en la nueva empresa", tal como previene el propio artículo 67 D), antes transcrito en parte, pero, eso sí, garantizando siempre el monto salarial anual percibido en la anterior. Y esto, ni más ni menos, fue lo que hizo la mercantil demandada, tal como se deduce del hecho probado segundo de la resolución combatida, y razona el iudex a quo al final del fundamento tercero de la misma, en donde pone de manifiesto que: "(...) el señor Clemente se subrogó voluntariamente en la empresa demandada, quien le ha aplicado su propio convenio, habiéndose acreditado que percibió en el período reclamado una retribución fija anual superior a la que percibió en la empresa cedente, probándose finalmente que sus retribuciones variables han sido superiores a las que percibió en la empresa cedente, cumpliéndose escrupulosamente, por consiguiente, lo establecido en el artículo 67, D del convenio del Sector".

OCTAVO.- En suma, el rechazo de las pretensiones actoras no guarda realmente relación con la compensación y absorción a que hace méritos el precepto legal cuya infracción denuncia el motivo, esto es, el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores, sin que tampoco su artículo 44 sea de aplicación al caso enjuiciado. Obedeció, en cambio, a que la demandada observó cabalmente las previsiones que la norma sectorial dedica a regular la subrogación empresarial cuando se produce una sucesión de contratistas. 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", que, por ello, no cabe admitir, de lo que se sigue el rechazo de este motivo y, con él, del recurso en su integridad, y sin que haya lugar, por último, a la imposición de costas dada la condición laboral con que litiga el recurrente.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DON Clemente , contra la sentencia dictada en 13 de mayo de 2.008 por el Juzgado de lo Social núm. 31 de los de MADRID , en los autos núm. 324/08, seguidos a instancia del citado recurrente, contra la empresa GLOBALIA HANDLING, S.A.- SERVICIOS PORTUGUESES DE HANDLING, S.A., UTE (GROUNDFORCE MADRID UTE), en materia de reclamación de cantidad y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos en su integridad la resolución judicial recurrida. 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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1.995, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300,51 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1006, sucursal de la calle Barquillo, nº 49, 28004 de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social de Madrid al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español Crédito, sucursal número 1026, sita en la calle Miguel Angel 17, 28010 de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depositos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201 , 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995 , y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el,por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.