



Roj: **STSJ M 9331/2011 - ECLI:ES:TSJM:2011:9331**

Id Cendoj: **28079340062011100493**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/07/2011**

Nº de Recurso: **547/2011**

Nº de Resolución: **531/2011**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **LUIS LACAMBRA MORERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0000547/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL SECCION: 6

MADRID

C/ GENERAL MARTINEZ CAMPOS, NUM. 27

Tfno. : 91.319.92.31

N.I.G.: 28000 4 0000621 /2001

40126

ROLLO Nº: RSU 547-11

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: CANTIDAD Y DERECHOS .

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 15 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 340/10

RECURRENTE/S: Jenaro

RECURRIDO/S: FERROVIAL SERVICIOS SA, MENZIES AVIATION PLC , SWISSPORT HANDLING S.A, UTE SWISSPORT MENZIES HANDLING

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID a dieciocho de julio de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 531

En el recurso de suplicación nº **547-11** interpuesto por el Letrado MANUELA MONTEJO BOMBIN en nombre y representación de **Jenaro** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **15** de los de MADRID, de fecha **23 DE SEPTIEMBRE DE 2010** , ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. LUIS LACAMBRA MORERA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **340/10** del Juzgado de lo Social nº **15** de los de Madrid, se presentó demanda por Jenaro contra, **FERROVIAL SERVICIOS SA, MENZIES AVIATION PLC , SWISSPORT HANDLING S.A, UTE SWISSPORT MENZIES HANDLING** en reclamación de **CANTIDAD Y DERECHOS**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **23 DE SEPTIEMBRE DE 2010** cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " *Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda formulada por D. Jenaro , contra las empresas FERROVIAL SERVICIOS S.A., MENZIES AVIATION PLC y SWISSPORT HANDLING S.A que conforman la UTE SWISSPORT MENZIES HANDLING.*"

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La parte actora, D. Jenaro , presta servicios para la empresa demandada en el aeropuerto de Madrid-Barajas, con una antigüedad reconocida de 17-1-00, categoría profesional de A.A. Rampa (conductor de pushback) nivel 3, percibiendo un salario mensual con prorrateo de pagas extras de 1.981,59 euros. Desde el 1-4-09 el actor tiene jornada reducida, de 35 horas semanales en turno fijo, con horario de 22 a 5 horas.

Con anterioridad prestaba servicios 40 horas semanales (hechos no controvertidos y Sentencia del Juzgado núm. 3 de 10-6-10)

SEGUNDO.- En febrero de 2007 la empresa demandada se subrogó en la posición de Iberia.

TERCERO.- A los trabajadores que como la parte actora, son subrogados en aplicación del Convenio De Handling la empresa cesionaria debe respetarles una serie de derechos, en virtud de lo dispuesto en el art. 67.D del Convenio, como garantías ad personam. En concreto según el punto : "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 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".

CUARTO. - El Convenio Colectivo de empresa, publicado el 3-2-09, establece en el art. 53 la estructura de las percepciones económicas, tanto salariales como extrasalariales que son las siguientes:

Salario convenio: Engloba la contraprestación por los servicios prestados así como la disponibilidad que se exige como consecuencia de las especiales características de la actividad.

Complemento personal (Ad Personam): Complemento salarial de naturaleza personal, que se percibe por encima del salario determinado en cada nivel de la tabla de salario mínimo garantizado que se incluye en el anexo I.

Plus transporte. Compensa los gastos derivados del traslado al centro de trabajo. Se percibe íntegramente al margen del tipo de contrato.

Plus función. Retribuye una determinada actividad, según lo estipulado en la tabla de función que se incluye en el anexo I.

Hora nocturna: Compensación por trabajo entre las 22 y las 67 horas según la tabla que se incluye en el anexo I.

Hora festiva: Compensación por las horas trabajadas en un turno que se inicia entre las 00.00 horas y las 23.59 de los días festivos de carácter nacional, autonómico o local según ellas tablas del anexo I.

Horas dedomingos: Compensación por horas trabajadas en un turno que se inicie entre las 00.00 horas y las 23.59 horas de un domingo.

Fraccionamiento de jornada: Compensación por trabajo en horarios fraccionados según el art. 23 del Convenio y según la tabla del anexo I.

Hora extraordinaria: Compensación por horas trabajadas por encima de la jornada pactada y no compensada mediante descanso, según la tabla del anexo I.

Plus de madrugue: Compensación por los gastos extraordinarios derivados de transporte, ante la inexistencia o reducción de transporte público en las horas en que se presta el trabajo, de iniciarse o finalizar entre las 1 y las 6 horas de la mañana. Se percibe por día trabajado, según la tabla del anexo 1.

Plus jornada irregular: Compensación por prestar servicios con una distribución irregular de la jornada, según el art. 27 del Convenio, según la tabla del anexo 1.



Gratificaciones extraordinarias: Pagas extraordinarias que se abonan en junio y diciembre, compuestas por Salario base, plus disponibilidad y complemento personal.

QUINTO.-Conforme a la D.A. Primera, el Convenio tiene por objeto disciplinar y ser el instrumento adecuado para vertebrar y articular las relaciones laborales existentes entre los trabajadores y la UTE. Es necesario que exista una única estructura salarial, unificándose las diferentes estructuras salariales existentes como consecuencia de las distintas subrogaciones. La D.D. única deroga cualquier norma convencional anterior, sin perjuicio de las garantías del art. 67 del 1 Convenio Colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos.

SEXTO.- Para el año 2009 en el nivel 3 el Salario Convenio asciende a 1.148,68 euros; para 35 horas semanales, 1005,10 euros, y el P.T. a 44,77 mensuales. El plus función para pushback es de 167,82 euros mensuales; para 35 horas semanales sería de 142,84 euros. El concepto "madrugue" asciende a 12,48 euros/día.

SÉPTIMO.- En el Convenio Colectivo de Iberia, en el art. 98 se regula el concepto "madrugue", cuya iniciación deberá necesariamente fijarse entre las 6 y las 6,55 horas.

El art. 131 contempla que la compañía abonará el desayuno, almuerzo o la cena al personal que por necesidades del servicio, tenga que realizarla fuera de su domicilio distinguiendo las siguientes situaciones:

a) Personal con jornada sujeta a turnos.

b) Personal con jornada no sujeta a turnos. La Compañía abonará la dieta correspondiente si por necesidades del servicio, tuviera que prolongar su jornada laboral. En los casos de prolongación de jornada que conlleve la necesidad de realización de comida podrá sustituir el pago de la dieta mediante conciertos con establecimientos, de forma que el trabajador pueda realizar la comida sin desembolso por su parte, o bien, abonar la cantidad de 5,84 por almuerzo o cena y 1,82 en concepto de desayuno.

Conforme al art. 135, los trabajadores que estén sujetos a cuatro turnos en jornada de 8 horas y se implanten uno o dos turnos adicionales, así como los que estén sujetos a tres turnos y se implanten dos adicionales, que dan lugar a la situación de disponibilidad, percibirán la cantidad de 146,57 euros en concepto de plus disponibilidad. El Plus Disponibilidad incluye dos cambios de turno por trabajador y mes.

OCTAVO.- El actor estuvo en situación de I.T. del 12 al 18 de octubre de 2009 por accidente laboral, y por enfermedad común del 14 a 18 de enero de 2010.

NOVENO.- De acuerdo a las nóminas presentadas y a tenor de los conceptos y cuantías reseñadas anteriormente, el actor recibió y debió recibir las siguientes cantidades:

...

DÉCIMO.- Se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC."

TERCERO.- *Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso que formula el actor contra la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda sobre reclamación de cantidad, se compone de tres motivos, de los que los dos primeros se destinan a la revisión fáctica (pese a que se cita como norma que los ampara el art. 191, c)-no el b)-de la LPL) interesando en primer término la incorporación al factum un nuevo ordinal, el tercero bis, con texto conforme al cual "el demandante ha percibido cantidades en concepto de comidas, desayunos y madrugues durante el período comprendido entre enero de 2009 y abril de 2009" . Se trata de una mera alegación carente de la necesaria y precisa cita del medio probatorio-documental o pericial-en el que se pretende sustentar la solicitud revisora. Tan relevante omisión resulta decisiva para desestimar el motivo, puesto que si el objeto del añadido fáctico es que haya exacta constancia de que al actor le fueron abonadas cantidades por los conceptos retributivo mencionados, ha de señalar indefectiblemente el importe respectivo con la indicación obligada del documento, en su caso, del que se deduzca con evidencia, claridad y precisión la certeza del hecho, para que de esta forma queda constatada una circunstancia esencial en el objeto del proceso, dada la naturaleza de la acción ejercitada, no dando por entendido y cierto, como dato acreditado, algo que ha de ser deducible, sin lugar a la duda, de la prueba correspondiente . Al haberse obviado lo prescrito en los arts. 191, b) y 194.3 de la LPL , procede rechazar la modificación postulada.



SEGUNDO.- En el siguiente apartado se pretende que figure en el ordinal noveno que *"de acuerdo a las nóminas presentadas y a tenor de lo establecido en el Convenio Colectivo y de acuerdo a la condición más beneficiosa establecida por la Empresa demandada el actor recibió y debió percibir las siguientes cantidades (...)* , detallándose a continuación por el recurrente los conceptos reclamados en el período al que estos van referidos, conforme a la diferencia obtenida entre lo que se cobró y lo que se debió de cobrar, hasta alcanzar un total de 4.163,50 euros. Tampoco hay cita de la prueba documental que, en tesis del actor, demostraría el error de la Magistrada de instancia en la valoración de la prueba, incurriéndose en la misma omisión que la señalada anteriormente; además, se introduce en un motivo de revisión fáctica un concepto puramente jurídico-el de la condición más beneficiosa-que es ajeno a la finalidad de esta clase de motivo porque, de aceptarse, se estaría predeterminado el fallo, irregularidad inadmisibles que despoja de su verdadera ratio essendi a este recurso extraordinario, en el que no pueden mezclarse aspectos de distinta naturaleza (fácticos y jurídicos) en un mismo motivo.

TERCERO.- En el siguiente apartado, y al amparo del art. 191, c) de la LPL , se invoca como norma infringida el art. 26 del ET . Propiamente, el contenido de las consideraciones de este motivo, tras citar el art. 67 del Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos (Handling), se refiere a dos conceptos retributivos, en los que se centra en lo esencial argumentación jurídica: el plus de disponibilidad, cuya percepción entiende el actor ha de serle mantenido tras la subrogación empresarial producida en febrero de 2007 en el lugar de la empresa Iberia, y por otra parte, las dietas y comidas (desayunos, comidas y cenas) que también venía percibiendo por aplicación del convenio de esta última empresa.

Lo que determina en lo que afecta al caso la mencionada norma convencional, en su apartado D), es 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"*.

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 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 "*.

Lo que acontece es que el actor en el presente proceso, haciendo abstracción de que la subrogación a la que se refiere la anterior norma convencional no constituye supuesto regulado en el art. 44 del ET , es decir, no es sucesión empresarial en su estricto sentido, pretende trasplantar a sus condiciones retributivas determinados conceptos que si bien están previstos en el convenio colectivo de Iberia, como el plus de disponibilidad (art. 135) y el abono del desayuno, almuerzo y cena (art. 132), su devengo está supeditado a las condiciones que los justifican, como es el trabajo a turnos en el primer caso (el actor realiza jornada reducida de 35 horas en turno fijo de 22 a 5 horas según el ordinal primero) y, se realicen o no turnos en el segundo, si se acredita cumplir con los presupuestos establecidos en la norma, que en lo afectante a estos conceptos, no aparecen probadas a la luz de lo dicho en el factum, en su ordinal primero, de cuyo relato no cabe constatar mas circunstancias laborales del actor que las reflejadas en el mismo. En consecuencia, en la medida en que no quede demostrado que por la nueva cesionaria del servicio no se respeta *"la percepción económica bruta anual, en caso de realizar las mismas variables"* que se percibía por el trabajador en la anterior empresa, la acción resulta insostenible,



aunque su implícita y real finalidad no sea percibir aquellos conceptos retributivos establecidos en el convenio de aplicación de la empresa ahora demandada que se ha subrogado en dicho servicio, junto con aquellos que le eran abonados en la anterior empresa, previstos en su convenio colectivo y que no vienen reflejados en el actualmente aplicable.

Atendiendo a lo expuesto, se desestima el motivo y consecuentemente el recurso, confirmándose la sentencia de instancia.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación núm. 547 de 2011, ya identificado, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 219, 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 300 euros** conforme al art. 227.2 LPL y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **547-11** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1026 de la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.