



Roj: **STSJ M 12549/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:12549**

Id Cendoj: **28079340012014100789**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2014**

Nº de Recurso: **119/2014**

Nº de Resolución: **787/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34016050

NIG : 28.079.44.4-2011/0058511

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 119/14

Sentencia número: 787/14

CE

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

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

En la Villa de Madrid, a DIEZ DE OCTUBRE DE DOS MIL CATORCE, 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 119/14, formalizado por el Sr/a. Letrado/a D. MIGUEL ANGEL MARIANA NIÑO, en nombre y representación de D^a Celestina , D. Justino ,D^a Matilde , D. Sixto , D^a Amelia , D^a Herminia , D^a Tatiana , D^a Daniela , contra la sentencia de fecha 30 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 17 de MADRID , en sus autos número 1388/11, seguidos a instancia de los recurrentes contra GROUNDFORCE MADRID UTE, GLOBALIA HALDING, S.A. Y GLOBALIA CORPORACION EMPRESARIAL, S.A, en reclamación de derechos y cantidad, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA, 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 probados:

PRIMERO.- Los demandantes prestan sus servicios para la empresa demandada con la antigüedad, categoría profesional y salario que se señala en el Hecho Primero de la demanda, con las correcciones efectuadas en el acto del juicio respecto de D^a Matilde y de de D^a Amelia .

SEGUNDO.- Los demandantes prestaban servicios para AEROVIAS DE MEXICO, S.A. DE C.V. y fueron subrogados por GROUNDFORCE MADRID UTE el día 19-12-10, cuando se hizo cargo del servicio de asistencia a pasajeros, rampa y operaciones en el aeropuerto de Madrid Barajas.

TERCERO.- Antes de la subrogación, a los demandantes les era de aplicación el Convenio Colectivo de AEROVIAS DE MEXICO (cuya vigencia estaba prevista hasta el 31-12-10). Tras la subrogación les es aplicable el Convenio Colectivo de las uniones temporales de empresa de GROUNDFORCE.

CUARTO.- Cuando los demandantes prestaban servicios en AEROVIAS DE MEXICO, tenían derecho a los siguientes billetes:

1.- *Pase sin Embargo* (billete para utilizarse en cualquier época del año con independencia que sea temporada alta o baja). Condiciones:

Cantidad, un billete al año para el empleado y demás personas recogidas en el apartado D.

Utilizable en cualquier ruta, todos los destinos, los 365 días del año con independencia de si es temporada alta o baja.

Con derecho a reserva de asiento en clase turista.

D. Tienen derecho a este billete el empleado, su cónyuge e hijos hasta 25 años; en los empleados solteros es extensivo a los padres; en los empleados solteros con hijos extensivo a los padres; estos billetes son transferibles a familiares en primer grado con previo registro en el área de Recursos Humanos.

La vigencia de los billetes es de 1 año a partir de la fecha de expedición.

Precio sin pago de sobrecuota "Q", es decir, el coste es única y exclusivamente las tasas del aeropuerto (billete FREE).

Para tener derecho a este billete el empleado debe tener una antigüedad en la empresa de 1 año.

La prestación se genera por año de calendario.

2.- *Pase con Embargo* (billete para utilizarse única y exclusivamente en temporada baja, no pudiendo utilizarse en temporada alta). Condiciones:

Cantidad, un billete al año para el empleado y demás personas recogidas en el apartado D.

Utilizable en cualquier ruta, todos los destinos, única y

exclusivamente en temporada fuera de embargo, es decir, en temporada baja.

Con derecho a reserva de asiento en clase Turista

Tienen derecho a este billete el empleado, su cónyuge e hijos hasta 25 años; en los empleados solteros es extensivo a los padres; en los empleados solteros con hijos extensivo a los padres; estos billetes son transferibles a familiares en primer grado con previo registro en el área de Recursos Humanos.

La vigencia de los billetes es de 1 año a partir de la fecha de expedición.

Precio sin pago de sobrecuota "Q", es decir, el coste es única y exclusivamente las tasas del aeropuerto (billete FREE).

Para tener derecho a este billete el empleado debe tener una antigüedad en la empresa de 1 año.

La prestación se genera por año de calendario

3.- *Uniticket nacional*. Condiciones:



- A Cantidad, 12 billetes al año para el empleado y demás personas recogidas en el apartado D.
- B Utilizable en cualquier destino dentro de México.
- C Son billetes sujetos a espacio y sin embargo, es decir, siempre que haya plazas en el vuelo y pudiendo utilizarse los 365 días del año en clase turista.
- D. Tienen derecho a este billete el empleado y beneficiario [cónyuge, hijos, padres, hermanos, cuñados, sobrinos, tíos, suegros con cuñados, primos, nietos, abuelos (en primer grado y cónyuges de estos) yernos y nueras, con previo registro en el área de Recursos Humanos],
- E. La vigencia de los billetes es de 1 año a partir de la fecha de expedición.
- F. Asiento en clase Turista.
- G. Para tener derecho a este billete el empleado debe tener una antigüedad en la empresa de 1 año.
- H. La prestación se genera por año de calendario.

4.- *Uniticket Internacional*. Condiciones:

- A. Cantidad, 12 billetes al año para el empleado y demás personas recogidas en el apartado D.
- B. Utilizable en cualquier destino a USA, Centro y Sudamérica, Europa y Asia.
- C. Son billetes sujetos a espacio y sin embargo, es decir, siempre que haya plazas en el vuelo y pudiendo utilizarse los 365 días del año en clase turista.
- D.-Tienen derecho a este billete el empleado y beneficiario (cónyuge, hijos, padres, hermanos, cuñados, sobrinos, tíos, suegros con cuñados, primos, nietos, abuelos (en primer grado y cónyuges de estos) yernos y nueras, con previo registro en el área de Recursos Humanos),
- E. La vigencia de los billetes es de 1 año a partir de la fecha de expedición.
- F. Asiento en clase Turista.
- G. Para tener derecho a este billete el empleado debe tener una antigüedad en la empresa de 1 año.
- H. La prestación se genera por año de calendario.

5.- *Uniticket Positivo*. Condiciones:

- A. Cantidad, 12 billetes al año para cualquier persona que elija el empleado.
- B. Utilizable en todas las rutas de Aeromexico y Aeromexico Connect.
- C. Son billetes de diferentes tipos según el destino y origen del vuelo [billetes con derecho a reserva, billetes sujetos a espacio, billetes sin embargo (utilizables los 365 días del año) billetes con embargo (utilizables solo en temporada baja)]
- D. Tienen derecho a este billete cualquier persona que elija el empleado.
- E. Los billetes son para clase Turista.
- F. La vigencia de los billetes es de 1 año a partir de la fecha de expedición.
- G. Precio varia según el origen, destino clase y si el viaje es sencillo o redondo (ida y vuelta).
- H. Para tener derecho a este billete el empleado debe tener una antigüedad en la empresa de 1 año.
- I. La prestación se genera por año de calendario

Y además tenían derecho a billetes ZED en todas las compañías aéreas adscritas al acuerdo ZED.

QUINTO.- La estructura salarial del Convenio Colectivo de AEROVÍAS DE MEXICO es la siguiente:

- Salario base
- Complemento de puesto de trabajo
- Complemento de calidad o cantidad de trabajo
- Complemento personal

La estructura salarial del Convenio Colectivo de GROUNDFORCE es la siguiente:

- Salario base



- Complemento de puesto
- Plus de hora nocturna
- Plus de hora festiva
- Plus de hora de domingo
- Plus de jornada fraccionada
- Plus de dieta de manutención
- Plus de hora extraordinaria
- Plus transporte
- Plus de actividad
- Pagas extraordinarias

SEXTO.- Los demandantes han percibido, durante los años 2009 y 2010, las cantidades que figuran en el documento nº 2 de los aportados por AEROVIAS DE MEXICO en fecha 24-10-13.

Los demandantes han percibido, durante los años 2011 y 2012, las cantidades que figuran en los certificados que constituyen el documento nº 3 de los aportados por la demandada en fecha 23-10-13.

SEPTIMO.- El objeto social de GROUNDFORCE MADRID UTE es la ejecución de los servicios de asistencia en tierra a las aeronaves, pasajeros, carga y correo (rampa) en el aeropuerto de Madrid Barajas.

OCTAVO.- Se dan por reproducidas las Actas que constan al documento 4 de la demandada.

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

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por debo condenar y condeno a la parte demandada a abonar a los demandantes las siguientes cantidades:

A D^a Amelia 243,50 euros

A D^a Celestina 536,61 euros

A D. Justino 444,89 euros

A D^a Matilde 686,64 euros

A D. Sixto 248,78 euros".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandantes, 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 25 de febrero de 2013 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 24 de septiembre de 2014, señalándose el día 8 de octubre de 2014 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: 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.- Diversos trabajadores de "Aerovías de México SA de CV" (en adelante "Aerovías") se integraron en diciembre del 2010 en la plantilla de "Ground Force Madrid UTE" (en adelante "Groundforce") como consecuencia de que esta última se hizo cargo de la contrata de asistencia a pasajeros, rampa y operaciones (actividades conocidas como "handling") en el aeropuerto de Barajas que hasta entonces llevaba a cabo aquella empresa. Dichos trabajadores entendieron que la nueva empleadora no respetaba los derechos que les correspondían conforme al régimen de subrogación que les era aplicable y por tal razón formularon demanda contra "Groundforce".



Por sentencia del juzgado de lo social nº 17 de Madrid de 30 de octubre de 2010 se estimó parcialmente dicha demanda, reconociendo el derechos de los actores a percibir determinadas cantidades en concepto de diferencias salariales.

Recurren éstos en suplicación, planteando, por este orden, nueve modificaciones en el relato fáctico, la nulidad de actuaciones procesales y el examen del derecho aplicado en instancia. Comenzaremos abordando esa petición de nulidad, pues, de prosperar, resultaría inútil el examen del resto del recurso.

SEGUNDO.- Dicha petición se basa en que la decisión de instancia no ha resuelto una de las pretensiones ejercitadas en demanda: el reconocimiento del derecho de los actores a disfrutar un día festivo adicional al que les reconoce "Groundforce". El fundamento de esa petición radica en la previsión del art 27 del convenio colectivo de "Aerovías", según el cual las fiestas laborales serán 15, de las cuales 12 nacionales, 2 locales y 1 gremial. Es esta última la solicitada por los actores, quienes dicen que esa petición no ha sido resuelta en sentencia, lo que supone incongruencia omisiva que debe subsanarse con la anulación de actuaciones procesales.

La omisión existe, por mucho que el escrito de impugnación argumente que la pretensión de referencia sí ha sido resuelta mediante su tácita desestimación.

Pese a ello, la nulidad no procede en este caso, conforme a las previsiones del art. 202.2 LRJS, que permite dar una resolución de fondo a la cuestión referida, ya que, no cuestionándose que el disfrute de ese día que se reclama como festivo no se lleva a cabo, la problemática pasa a ser puramente jurídica y se plantea como tal, subsidiariamente, en recurso. Por tanto, se examinará en su momento.

TERCERO.- Las revisiones del relato fáctico propuestas a la Sala son las siguientes:

1º) Precisar en el primer hecho declarado probado que la demanda de los actores no señalaba el salario que percibían.

Se desestima, por irrelevante.

2º) Modificar el segundo hecho declarado probado, de forma que recoja: "*En el momento de la subrogación todos y cada uno de los trabajadores demandantes suscribieron un documento con la demandada Groundforce Madrid UTE, en el que la empresa asume el siguiente compromiso: "La empresa Groundforce Madrid UTE", de acuerdo a lo establecido en el artículo 67 del convenio Colectivo del sector de Handling, mantendrá las condiciones recogidas en dicho artículo que hasta la fecha el trabajador venía manteniendo en la empresa AEROVÍAS DE MÉXICO S.A de C.V., con CIF 24121035B y CCC28043342408*".

Se admite.

3º) Añadir al tercer hecho declarado probado que, tras la subrogación de referencia, a los actores no sólo les es aplicable el convenio colectivo de uniones temporales de empresas de "Groundforce" sino también el convenio colectivo del sector de asistencia en tierra de aeropuertos.

Se desestima, por ser cuestión jurídica.

4º) Añadir al cuarto hecho declarado probado el número de billetes de avión utilizados por cada uno de los actores en 2010, la modalidad de los mismos y su importe económico.

Se admite, conforme a la documental que aparece en el folio 469 de autos.

5º) Dejar constancia en el quinto hecho declarado probado de la estructura salarial establecida en el art 32 del convenio de Aerovías de México y en el art 86 del convenio colectivo de la UTE "Groundforce".

La reseña de la estructura salarial de la empresa últimamente citada no es preciso que figure en el relato fáctico porque el convenio colectivo que la aprobó fue publicado en el BOE. Por el contrario, el convenio colectivo de "Aerovías" no fue publicado y sí debe figurar en el relato fáctico, de modo que se admite añadir al original de sentencia que sus arts 26 a 29 regulan la retribución de horas extras, días festivos, plus dominical y nocturnidad; que el art 35 recoge dos gratificaciones extraordinarias anuales; y que, como beneficios sociales, los arts 40 a 43 contemplan ayuda para comidas (8 euros por día efectivamente trabajado), para transportes (42 euros mensuales once meses al año), para limpieza de uniforme (7 euros al mes) y pases y descuentos (los detallados en original de sentencia).

6º) El sexto hecho declarado probado indica, en su redacción original, qué cantidades percibieron los demandantes de "Aerovías" en los años 2009 y 2010 y cuáles de "Groundforce" en los años 2011 y 2012. El recurso pretende añadir a estos datos estas dos precisiones: Por un lado, la diferencia que resulta entre ambas percepciones como resultado de una simple comparación matemática y, por otro, la diferencia que ha sido calculada por la empresa demandada en función de las operaciones jurídicas que entiende son de aplicación,



considerando a tales efectos "como partidas fijas de la retribución percibida en Aeroméxico el salario base, complemento personal, plus transporte, plus de uniforme y pagas extras" y "como partidas fijas de la retribución percibida en "Groundforce" el salario base, complemento de puesto, plus transporte, plus de manutención, plus ad personam y las pagas extras". En orden a acreditar este último extremo se remite a los folios de autos 1181 a 1189. Acaba la propuesta de revisión con la indicación de cuáles serían las diferencias realmente existentes entre lo pagado por una y otra empresa si se siguiesen los criterios jurídicos de los recurrentes.

Dado que el salario abonado por "Aerolíneas" ya se indica en el original de sentencia, por remisión al documento 2 aportado por esa empresa, y lo mismo sucede con el pagado por "Groundforce", por remisión al documento nº 3 de los aportados por ella, lo único que resulta relevante añadir es que el cálculo de diferencias llevado a cabo por esta última sí incorpora las partidas que menciona el recurso, y así lo dejamos reflejado. La propuesta sobre la diferencia resultante según los recurrentes, entre enero de 2010 y octubre de 2013, no se admite.

7º) Como hecho declarado probado sexto bis se quiere transcribir literalmente el contenido del acta de la comisión paritaria del I convenio colectivo del sector de servicios de asistencia en tierra de aeropuertos, documentada al folio 175 de autos.

Se desestima, pues ya se da por reproducida en el octavo hecho declarado probado.

8º) Lo mismo sucede respecto a la propuesta de ampliación del octavo hecho declarado probado, al que quiere añadirse el texto de las actas de la comisión paritaria 2/08, 9/08, 5/09, 8/09, 11/09 y 23/09.

9º) Se pide añadir un noveno hecho declarado probado, según el cual:

"El artículo 27 del convenio Colectivo de Aerovías de México (folio 1037) establece: las fiestas laborales tendrán carácter de retribuidas y no podrán exceder de quince al año: doce nacionales, dos locales y una gremial y librándose en día alternativo cuando corresponda trabajarlo por turno programado".

Se admite, pues, conforme a lo indicado, el convenio de "Aerovías" no consta haya sido publicado oficialmente en España.

CUARTO.- El siguiente motivo de suplicación sostiene que la denegación del reconocimiento de las diferencias salariales planteado en demanda resulta contraria a las previsiones de los arts 24, 26 y 67 4D. del I convenio general del sector de asistencia en tierra de aeropuertos. Estas alegaciones deben conectarse con las expuestas al hilo de la revisión del sexto hecho declarado probado y la réplica que les ha dado el escrito de impugnación.

No se discute que procede en este caso la aplicación del convenio colectivo general del sector de servicio de asistencia en tierra en aeropuertos ("handling"). Ahora bien, hemos de hacer una precisión: las partes litigantes hacen única mención al texto del primer convenio de ese sector (BOE 18 de julio de 2005), sin tener en cuenta que en la fecha de presentación de la demanda que ha dado lugar a este proceso (15 de diciembre de 2011) ya se había procedido a la publicación en el BOE de 13 de octubre de 2011 del II convenio del sector, con efectos del día siguiente a su publicación (art. 11). Por tanto, la reclamación del presente litigio se rige hasta la fecha que se acaba de indicar por el primero de los convenios mencionados y a partir de ella por el segundo.

Tanto la sentencia de instancia como los escritos de recurso e impugnación del mismo sólo hacen referencia al art. 67 del antiguo convenio, que ha sido sustituido por el art. 73 del nuevo. No obstante, el contenido de la regulación de ambos es muy similar.

Así, el antiguo art. 67.4.D decía: "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, les 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".

Actualmente el art. 73.4.D del nuevo convenio dice: "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".

Estos textos tienen que completarse con la interpretación que dio la comisión paritaria a propósito del art. 67 del convenio de 2005 en acta 2/08 (dada por reproducida en el octavo hecho declarado probado, lo que nos lleva a los folios de autos 1174 y siguientes). En ella se indica:

"Cuando la retribución de los trabajadores de la empresa cesionaria fuera inferior a la que los trabajadores subrogados venían percibiendo en la cedente, y en orden a concretar la garantía prevista en el artículo 67 D) 1 del I Convenio colectivo General del Sector de Handling, se acuerdan los siguientes criterios para el cálculo y materialización de:

Conceptos fijos.

Sobre el complemento ad personam que se determine en cada caso, conforme al sistema retributivo de aplicación 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.

2. Conceptos variables

La empresa cesionaria abonará al trabajador subrogado el volumen de variables realmente realizado en dicha empresa, garantizando el precio unitario que dichas variables tenían en la empresa cedente, siempre y cuando éste sea superior al de la cesionaria, hasta el volumen realizado en aquella; el resto, si lo hubiere, se abonará al precio unitario vigente en la cesionaria.

A efectos de la cuantificación del volumen de variables realizadas en la cedente se tomarán las realizadas el año anterior a la subrogación".

Como vemos, ni los convenios ni el acta transcrita se caracterizan precisamente por su claridad. No obstante, su lectura conjunta creemos nos permite llegar a diversas conclusiones.

QUINTO. - Primera conclusión: 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. Así lo resalta el inciso final del art. 65 del nuevo convenio, a tenor del cual: "Las partes signatarias firman el presente Convenio con el fin de dar cumplimiento a los principios de estabilidad y calidad del empleo de los trabajadores y trabajadoras del sector acuerdan establecer un mecanismo de subrogación empresarial, por quien suceda o capte parte de la actividad de otro operador, de tal forma que los trabajadores y trabajadoras de la empresa o entidad cedente de la actividad que voluntariamente lo acepten, podrán pasar a adscribirse a la empresa cesionaria o entidad que vaya a realizar el servicio, en los supuestos y condiciones que se establecen en el presente Capítulo".

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 contratos 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".



De ahí que en su día cada uno de los recurrentes suscribiera el documento de incorporación a "Groundforce" que ha quedado reseñado a raíz de la revisión del segundo hecho declarado probado.

SEXTO .- Segunda conclusión: 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* " .

SÉPTIMO.- Tercera conclusión: No obstante, la aplicación del nuevo convenio por la empresa subrogada, ésta deberá respetar a los trabajadores subrogados determinada garantía «ad personam».

Se trata, por tanto, de determinar qué garantía es ésta y cuál la fórmula habilitada para su consecución.

OCTAVO .- Cuarta conclusión: 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. 4906/10), 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"* .

NOVENO.- Quinta conclusión: 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.

DÉCIMO .- Sexta conclusión: el 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.

UNDÉCIMO.- En función de lo manifestado en los anteriores fundamentos, particularmente el octavo, lo que hemos de comprobar en el caso presente es si los recurrentes han mantenido en las empresas subrogante y subrogada las mismas variables y, de ser así, si han percibido por esa actividad laboral la misma percepción económica bruta anual.

Empezando por este segundo punto, su concurrencia hemos de deducirla de los hechos declarados probados. Según el 6º, las cantidades percibidas por los trabajadores a cargo de "Aerolíneas" son las que recoge el documento nº 2 aportado por esa empresa. Esas cantidades se deben considerar teniendo en cuenta que los servicios prestados a cargo de esa empleadora se mantuvieron hasta 18 de diciembre de 2010, lo que quiere decir que, globalizados esos importes para todo el 2010, las cantidades serían las que señala el recurso en su folio 12, con excepción de la Sra Herminia, sobre la que se dice que la justificación de por qué las retribuciones que indica el recurso son mayores de las realmente percibidas se debe a que la trabajadora estuvo de baja, pero, como quiera que no se ha acreditado tal circunstancia, tampoco la podemos aceptar.

Las percepciones abonadas por "Groundforce" en 2011 y 2012 son las que constan en el segundo párrafo del HDP 6º. Del año 2013 no tenemos datos en el relato fáctico.

La comparación de unas y otras arroja este resultado:

Herminia

Matilde

Sixto

Celestina

Justino

Amelia

Tatiana

Justino

2010

12.067,43

30.305,60

28.527,56

22.311,13

28.469,52

37.209,36

24.363,64

40.336,46

2011

27.172,73

23.619,71

25.839,01

23.061,40

25.158,21

30.743,81



22.184,82

38.089,19

2012

24.626,24

22.161,94

25.820,22

20.921,26

26.099,11

31.889,00

23.03541

38.687,20

Diferencia total de los años 2011 y 2012 respecto a la retribución global de 2010

De los datos que se acaban de reseñar se deduce que la retribución global de los recurrentes en 2011 y 2012 es inferior a la de 2010, excepto en los casos de Sixto y Celestina en 2011.

Por tanto, en principio, salvo en los dos casos indicados, concurre uno de los requisitos que hemos indicado para poder aplicar el mecanismo de garantía salarial previsto en convenio.

DUODÉCIMO.- Queda por ver si también concurre el otro presupuesto requerido para poder aplicar la garantía de la que hablábamos en el noveno fundamento de derecho: la realización de las "mismas variables" en "Aerolíneas" en el año anterior a la subrogación y en "Groundforce" después de llevada a cabo la transmisión. Sobre este extremo los únicos datos de que disponemos son los resultantes del hecho declarado probado sexto, que nos lleva a los documentos 2 de "Aerolíneas" y 3 de "Groundforce".

El primero de éstos (folios 451 a 467) muestra que los conceptos por los que han sido retribuidas las Sras Herminia , Daniela y Matilde y el Sr. Sixto en 2010 han sido salario base, plus nocturnidad, plus dominical, ayuda de manutención, horas festivas 100%, retribución variable por objetivos, compensación de descanso, complemento personal, horas extras, plus de transporte y uniformes.

El segundo documento citado (folios 423 a 430) nada nos dice de las distintas partidas que integran el salario de los trabajadores, sino de su importe total. Por tanto, tampoco podemos saber si concurre el requisito de referencia. En caso de haber podido ir a las nóminas, pese a que no se dan por reproducidas en la sentencia impugnada, hubiéramos visto que en ellas aparecen los siguientes conceptos: salario base, complemento de puesto, plus manutención, plus "ad personam", retribución de vacaciones, plus de transporte, horas de domingo, horas extra, horas festivas, plus de nocturnidad y plus "ad personam" variable.

De la comparación de uno y otro documento resulta que "Aerolíneas" compensaba económicamente períodos de descanso no disfrutados. También se comprueba que en la empresa cedente se realizaban horas extras. A criterio de este Tribunal ninguna de estas retribuciones puede reclamarse como parte de la garantía salarial que debe asumir la empresa entrante, ya que ésta no se encuentra obligada a realizar horas extras y, de hacerlas, será en el número que estime adecuado, que ni tiene que coincidir con la anterior ni sabemos cuánto suponía en ésta. La compensación económica por descanso no disfrutado tampoco es una medida que obligue a la empresa entrante, pues bien puede decidir que se disfruten de modo efectivo los descansos que puedan corresponder a sus trabajadores.

Consecuencia de lo anterior es que no podemos considerar acreditado que entre las empresas subrogante y subrogada los trabajadores hayan realizados "las mismas variables", por lo que, no dándose uno de los presupuestos exigidos, tampoco habrá deber de que la entrante garantice la percepción global de la anterior, ni procede por este concepto condena adicional a la fijada en instancia.

DECIMOTERCERO.- La siguiente petición de recurso se refiere al reconocimiento del derecho de los trabajadores *"a seguir disfrutando de los billetes de avión, pases y descuentos que tenían reconocidos en Aeroméxico, con entrega de los devengados desde el momento de la presentación de la demanda o hasta su ejecución, o en caso de no ser esto posible, se compense dicho período con los importes detallados en el apartado 1.4 del presente recurso"*. Esto nos remite a las cantidades indicadas a propósito de la revisión del cuarto hecho declarado probado.



El fundamento de esta previsión se encuentra en el art. 67.D 7 del Convenio de "handling" en relación con los arts 1281 y siguientes del Código Civil, así como en el criterio que mantienen las sentencias de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de octubre de 2013 y 18 de julio de 2011.

El Apartado 7 del art. 73 del convenio vigente en la fecha de presentación de demanda decía lo siguiente: "Se respetará el derecho de utilización de billetes de avión en las condiciones en que esté establecido en el Convenio Colectivo de la Empresa cedente.

Si la empresa cesionaria no fuera línea aérea podrá pactar la compensación de este derecho. Se acuerda crear un grupo de trabajo que en el plazo de tres meses a partir de la firma del presente convenio negocie la compensación de este derecho. En caso de desacuerdo, las partes podrán pactar el sometimiento de esta cuestión a arbitraje".

De donde se deduce sin duda alguna que conforme al nuevo convenio en aquellos casos en que los servicios de atención en tierra a pasajeros en aeropuertos se viniera realizando en régimen de "autohandling" (la propia compañía aérea realizaba ese servicio para sí misma) y luego pasa a servicio de handling externo (la compañía que lo realiza ya no lleva a cabo vuelos aéreos y, por tanto, tampoco puede proporcionar billetes de avión propios), los trabajadores que queden afectados por la subrogación podrán tener una compensación por la pérdida de los billetes de que disponían antes del cambio de empresario, a condición de que así se acuerde, bien mediante pacto expreso en el grupo de trabajo creado al efecto, bien mediante arbitraje. Caso contrario, no.

El convenio dice con toda claridad que la eventual compensación por el derecho de referencia es potencial, no obligada (la empresa cesionaria "podrá pactar"). Por tanto, la petición incondicional de recurso de mantenimiento de billetes de avión o su compensación económica carece de base normativa.

Tampoco la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de octubre de 2013 (rec. 840/13) citada en recurso le da apoyo. Primero, porque se refería a la regulación del antiguo convenio, que en esta materia ha experimentado un cambio importante. Pero, además, sucede que ése es un pronunciamiento esporádico de este órgano judicial, pues prácticamente todos los demás lo han sido en sentido contrario, según vemos en sentencias de 31 de enero de 2011 (rec. 4479/10), 28 de febrero de 2011 (rec. 5002/10), 8 de junio de 2011 (rec. 5823/10), 9 de marzo de 2012 (rec. 2580/11), 17 de septiembre de 2012 (rec. 4743/11), dos de 26 de septiembre de 2012 (recursos 5985/11 y 5993/11) y 27 de septiembre de 2013 (rec. 369/12), en las que se concluyó que no cabía exigir el derecho de referencia en el supuesto de que no se hubiese alcanzado pacto alguno sobre el particular.

DECIMOCUARTO.- Como hemos visto, tanto el primero (art. 67.D.4) como el segundo convenio de "handling" (art. 73.D.4) establecieron que a los trabajadores procedentes de la empresa cedente les sería de aplicación el convenio colectivo o acuerdo de la Empresa cesionaria, si bien esta última debería respetar a los trabajadores subrogados determinadas garantías «ad personam», entre ellas " *la jornada anual ordinaria de cada trabajador, así como el número de días de vacaciones* " (apdo 5 de dichos preceptos).

Con fundamento en esa previsión la parte recurrente solicita que se le reconozca un día festivo denominado "gremial" que estaba establecido en el convenio de "Aerolíneas", de modo que los festivos a disfrutar anualmente serían 15, no los 14 que figuran en el art. 37.2 ET.

"Groundforce" se opone, porque ese día festivo adicional no puede entenderse comprendido dentro del respeto a la jornada anual y días de vacaciones a los que se refiere la garantía por subrogación establecida en la regulación convencional de "handling", dado que días festivos, jornada y vacaciones son conceptos legalmente diferentes.

A esta cuestión respondemos tomando como referencia la doctrina que contiene la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2000 (casación 1217/99) a propósito de la interpretación que cabe dar al término "jornada" en el ámbito del derecho laboral:

"El planteamiento del recurrente parte del error de considerar que el concepto de «jornada» es unívoco y coincidente con el de «jornada de trabajo», siendo así que es plural e indeterminado. Es cierto que en su concepción jurídico-laboral estricta el concepto de «jornada de trabajo», que es el término utilizado por el art. 34.1 ET, equivale al tiempo de servicios efectivamente prestados por el trabajador como pago de su deuda de actividad. Jurisprudencialmente «La jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio» (Sentencia de 21-10-1994 [RJ 1994, 8102]) y, en términos del art. 34.5, es el tiempo en que el trabajador «se encuentra en su puesto de trabajo». Desde esa concepción es evidente que un descanso no retribuido ni considerado tiempo de trabajo, no puede entenderse incluido dentro de la «jornada de trabajo».

Pero los conceptos de «jornada de trabajo» y de «jornada» no son iguales. La noción sociológica de esta última es más extensa y equivalente a todo el tiempo de presencia física del trabajador en la empresa o centro de



trabajo . Y así es normal en el mundo del **trabajo** hablar de jornada de tantas o cuantas horas de duración, aunque en ese tiempo medien descansos no retribuidos. Desde ese prisma, la jornada diaria, que no la «jornada de **trabajo** », viene a ser entonces la suma del tiempo de **trabajo** efectivo, más el tiempo de descanso.

Ese concepto amplio de jornada puede inferirse incluso del número 4 del art. 34 ET , como se admite en el recurso, si se hace una interpretación literal del mismo, pese a que el precepto estatutario hable en su número 1 de «jornada de trabajo». Pues si en la jornada continuada el descanso debe establecerse «durante» ésta, y dicha preposición denota simultaneidad de un acontecimiento con otro, no es ilógico hacerla equivaler a «dentro de la jornada» como entiende la sentencia recurrida, y llegar así a la conclusión de que la jornada mínima de 7 horas establecida por el Convenio incluye, no sólo el «tiempo de trabajo efectivo», sino también el tiempo de descanso por bocadillo, que las partes negociadoras acordaron computar como de trabajo efectivo".

Así pues, cabe entender por «jornada» el tiempo de presencia física del trabajador en la empresa o centro de trabajo.

Por consiguiente, establecida como garantía «ad personam» de convenio " la jornada anual ordinaria de cada trabajador subrogado", y como interpretación del término "jornada" la indicada en la citada sentencia del Tribunal Supremo, resulta que la garantía de referencia incluye el tiempo de presencia física de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo, de manera que, si en el antiguo convenio estaban facultados para disfrutar de 15 días de permiso adicionales a las vacaciones, esos 15 días de permiso también debe respetarse por la empresa entrante.

Por todo lo cual el recurso se estima parcialmente.

DECIMOQUINTO.- No procede la imposición de costas, dado que la parte vencida de la que habla el artículo 235.1 LRJS es sólo la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión.

DECIMOSEXTO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina en los términos previstos en el artículo 218 LRJS

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D^a Celestina , D. Justino ,D^a Matilde , D. Sixto , D^a Amelia , D^a Herminia , D^a Tatiana , D^a Daniela contra la sentencia de fecha 30 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 17 de MADRID, en sus autos número 1388/11, seguidos a instancia de los recurrentes contra "GROUNDFORCE MADRID UTE", "GLOBALIA HALDING, S.A." y "GLOBALIA CORPORACION EMPRESARIAL, S.A", en reclamación de derechos y cantidad. En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y reconocemos el derecho de los recurrentes a disfrutar 15 días de permiso anual, en lugar de los 14 que admite la empresa, manteniendo el resto de pronunciamientos del juzgado. 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, 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 lo establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

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, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n^o recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

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 número 2826000000 nº recurso.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

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 Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS