



Roj: **STSJ M 6494/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:6494**

Id Cendoj: **28079340042016100495**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **02/06/2016**

Nº de Recurso: **929/2015**

Nº de Resolución: **500/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0029374

Procedimiento Recurso de Suplicación 929/2015

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid Procedimiento Ordinario 239/2014

Materia : Materias laborales individuales

MR

Sentencia número: 500/2016

Ilmos. Sres

D./Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

D./Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

D./Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid a dos de junio de dos mil dieciséis habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 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 929/2015, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. LIDIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ en nombre y representación de D./Dña. Lucas , contra la sentencia de fecha 22 de junio de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 239/2014, seguidos a instancia del recurrente frente a SWISSPORT HANDLING SA, SWISSPORT SPAIN AVIATION SERVICES SL, SWISSPORT HANDLING INTERNACIONAL SL, SWISSPORT HANDLING MADRID UTE y LESMA AVIATION S.L.,



en reclamación por Materias laborales individuales, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES, 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:

PRIMERO.- El actor, D. Lucas , prestó servicios para IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA S.A.U. OPERADORA en virtud de contrato de trabajo inicial de carácter temporal desde 2 de febrero de 2003 (antigüedad reconocida por Sentencia nº 377/2008 del Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid de fecha 23/12/08 (folios 250 a 254), Sentencia confirmada por la de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 26 de enero de 2010 (rec.4936/2009 - A folios 255 a 258)), categoría profesional de Agente Administrativo. Contrato temporal que, a fecha 17 de julio de 2006, pasó a ser indefinido (folio 193 y 194) y el 1 de julio de 2010 pasó de indefinido a tiempo parcial a indefinido a tiempo completo (folio 195) siendo su jornada irregular (folios 188), realizando sus funciones en el aeropuerto Madrid-Barajas.

SEGUNDO.- En fecha 14 de junio de 2013 suscribió solicitud de integración voluntaria en la entidad codemandada, SWISSPORT HANDLING MADRID UTE., (la UTE integrada por SWISSPORT HANDLING, S.A., SWISSPORT HANDLING INTERNACIONAL, S.L., SWISSPORT HANDLING SPAIN AVIATION SERVICES, S.L) que asumió la prestación de servicio de handling pasajeros y rampa del Aeropuerto Madrid-Barajas con efectos de 27 de junio de 2013 en virtud de previa oferta de recolocación voluntaria formulada por Iberia (folios 35 a 39 y 42)

TERCERO.- A los trabajadores que como el actor, fueren subrogados, se les aplicaría el convenio colectivo del nuevo concesionario (SWISSPORT) si bien "deberá respetar como garantía ad personam los derechos del art. 73 del II Convenio General de Servicios de Asistencia en Tierra de Aeropuertos " que se enumeran a título enunciativo, incluidos los siguientes: la percepción bruta anual, la antigüedad solo a efectos indemnizatorios en caso de resolución por causas ajenas al trabajador, derechos económicos en trance de adquisición por antigüedad y o progresión en IBERIA hasta su perfección y una vez consolidados para antigüedad y progresión se aplicarían los de la nueva concesionaria, modalidad contractual y grupo o categoría profesional, jornada anual ordinaria y días de vacaciones, derechos de seguros colectivos de IBERIA, respecto del derecho de utilización de billetes de avión en las condiciones en que esté establecido en el convenio colectivo de Iberia, compromisos sobre planes de pensiones y previsión social del convenio colectivo de Iberia.(folios 38 y 39)

Dispone el art. 73.4.D de II Convenio Colectivo General del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos- Handling (obrante a los folios 291 y ss. de las actuaciones) 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 respetara 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".



CUARTO.- En el momento de la subrogación, IBERIA abonaba al actor, por los distintivos conceptos retributivos, las cuantías que se recogen en las nóminas que se contienen en los folios 43 a 135, y 197 a 224 que se dan por reproducidos, entre ellos figuran los conceptos IB036 PLUS AREA; IB046 Grat. Plus Jornada Irre; y IB176 Plus Asistencia, importando una retribución bruta anual de 23.437,71 euros. Tras la subrogación Swissport ha abonado al actor los importes que figuran en las correspondientes nóminas que se dan también aquí por reproducidos (folios 225 a 237 y 243 a 249) y que en el periodo comprendido de junio 2013 a septiembre de 2014 ascendieron a la suma total devengada de 31.187,39 euros.

Cuando se produjo la subrogación estaba en vigor el XIX Convenio Colectivo de Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. y su personal de Tierra, aplicándosele al actor todos los conceptos salariales que en él se establecían. (BOE 149 de 19 de junio de 2010)

Respecto a la empresa cedente resultaban de aplicación el I Convenio colectivo del Grupo de empresas SWISSPORT-MENZIES suscrito con fecha 5 de septiembre de 2008, que obligaba al mantenimiento de los pluses salariales relativos al personal de Iberia conocido como FIJI (BOE N° 29 de 3 de febrero de 2009) y el convenio colectivo de Swissport Handling Madrid UTE y Swissport Handling Lanzarote UTE suscrito en fecha 25 de julio de 2013 (BOE N° 35 de 10 de febrero de 2014)

QUINTO.- En fecha 3 de octubre de 2014, D. Lucas aceptó la recolocación voluntaria con la empresa LESMA AVIATION SLU pasando a ser subrogado a la misma a partir del día 26 de octubre de 2014 con igual tiempo de contrato, percibiendo los importes que reflejan las nóminas obrantes a los folios 260, 429 a 438)

SEXTO.- El demandante solicita, en concepto de diferencias por el plus ad personam de julio a octubre de 2013: 1803,68 €, por la diferencia ad personam de noviembre de 2013 a marzo de 2014 la cantidad de 833,40€, por atrasos en los variables de transporte y plus de asistencia la cantidad de 359,16€ conceptos fijos, cantidades a las que descuenta 963,60€ percibidos de Swissport en concepto de atrasos, y adiciona 737,82€ por los meses de abril a septiembre de 2014 ascendiendo la suma total a la cantidad de 2.792,80 € que entiende adeudadas por la codemandada Swissport y de noviembre de 2014 a abril de 2015 la cantidad de 703,79 € que reclama frente a la empresa Lesma Aviation, S.L., según el desglose presentado en la vista (f. 351 a 354).

SEPTIMO.- Que el actor presentó la preceptiva papeleta de conciliación ante el SMAC cuyo acto tuvo lugar el día con fecha 11 de junio de 2014 con el resultado de sin avenencia respecto a la empresa compareciente (Swissport Handling Madrid UTE) e intentado sin efecto respecto de las no comparecientes.

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

Que **DESESTIMANDO** la demanda promovida por D. Lucas , frente a las empresas codemandadas SWISSPORT HANDLING MADRID UTE., SWISSPORT HANDLING, S.A., SWISSPORT HANDLING INTERNACIONAL, S.L., SWISSPORT HANDLING SPAIN AVIATION SERVICES, S.L. y la mercantil LESMA AVIATION, S.L.U., en reclamación de cantidad, debo absolver y absuelvo a las mismas de todas las pretensiones deducidas en su contra en este proceso.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Lucas , 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 12/11/2015, 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 18 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 demanda en la que se reclama por el trabajador unas diferencias salariales, por el periodo de julio de 2013 a abril de 2015, a las diferentes codemandadas y por diferentes conceptos.

Frente a dicha resolución judicial se ha interpuesto por la parte actora recurso de suplicación en el que, como primer motivo y al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se interesa la revisión del hecho probado primero para que se deje constancia de que la jornada del actor era irregular.



Realmente la parte recurrente no está planteando una revisión fáctica, conforme a las exigencias del artículo 196.3 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social sino que, por el contrario, tal y como argumenta el motivo, lo que está queriendo obtener de la redacción que se contiene en el hecho probado en cuestión son unas consideraciones o conjeturas ya que, al respecto, no está proponiendo un texto concreto que ampliar y esta Sala no puede suplir esa clara deficiencia en la que incurre el motivo.

SEGUNDO.- En el siguiente motivo, con igual amparo procesal que el anterior, pide la sustitución del hecho probado segundo para que se incorporen datos adicionales.

El motivo debe ser rechazado porque la parte no identifica los datos adicionales que se quieren incorporar, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 196.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Por otro lado, si lo que desea es introducir normativa en los hechos probados -como sería lo que regula el convenio colectivo del sector-, es totalmente inadecuada tal pretensión.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se formula el tercer motivo diciendo que la juez de instancia se remite a dos sentencias de esta Sala -Recurso 4218/2008 y 119/2014 que, a su juicio, no son aplicables al caso al no tener similar pretensión que la articulada en su demanda ya que aquí se reclama el mantenimiento de las condiciones que tenía reconocidas por Iberia, entre las que estaba el plus de jornada irregular que era fijo, dado el tipo de contratación que tenía, citando a lo largo del motivo el artículo 73 del Convenio del Sector de Servicios e Asistencia en Tierra . Y en ese sentido lo que reclama es que se le abone su importe dentro del complemento ad personam para no ver minorada su retribución mensual fija.

En el siguiente motivo, con igual amparo procesal, se menciona el artículo 264 del XIX Convenio Colectivo de Iberia y su personal de tierra para, tras transcribirlo, señalar que la actora está encuadrada en este tipo de contrato y por tanto su retribución salarial mensual va unida a la citada modalidad contractual.

En el quinto motivo, se citan los artículos 67, en materia de subrogación, y el artículo 73, sobre condiciones en materia de subrogación, ambos del Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra wn Aeropuertos (Handling) y, tras volver a transcribir este último artículo, señala que las cantidades deben ser respetadas y si la nueva empleadora no tiene plus de jornada irregular deberá incluir el importe de tal concepto como complemento ad personam.

En el motivo sexto menciona la Disposición Adicional 3ª y 5ª del I Convenio Colectivo del grupo de empresas de la demandada, 2009 en orden al mantenimiento de los pluses salariales FACTP y FIJI

Y, finalmente, en el motivo séptimo se transcribe la Disposición Adicional Primera del Convenio Colectivo de Swissport Handling Madrid UTE y Lanzarote UTE de febrero de 2014.

Todos los motivos deben ser examinados conjuntamente dado que el planteamiento que realiza la parte constituye una descomposición artificial del tema sobre el que gira el recurso dado que todos se refieren a la misma cuestión que es el mantenimiento del importe correspondiente al plus de jornada irregular con base en la normativa que se cita en esos diferentes motivos, aunque algunos de ellos y respecto de las disposiciones que se identifican adolezca el respectivo motivo de una fundamentación de la infracción de las mismas, tal y como exige el artículo 196.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

La sentencia de instancia desestima la demanda porque parte, por un lado de que no estamos ante el supuesto de sucesión de empresas del artículo 44 el Estatuto de los Trabajadores y, por otro lado, señala que la subrogación en el nuevo empleador - empresa adjudicataria del servicio de handling- es una subrogación convencional, al venir impuesta por norma colectiva cuando el trabajador libremente quiera integrarse en la plantilla de la nueva empresa, rigiéndose por las normas colectivas del nuevo empleador. Y ello, respetando, como garantía ad personam "la percepción económica bruta anual" que el trabajador subrogado viniera lucrando en la saliente si se dan ciertas condiciones, sin que ello implique que se deba mantener la estructura salarial anterior. Y es por ello que lo que se trata es de que se la empresa entrante no aproveche para disminuir la retribución global de los trabajadores ni estos pueden pretender aumentar sus ingresos mediante un espiguo entre los convenios aplicables en ambas empresas. Siendo ello así, la sentencia pasa a determinar cuáles son esas garantías que deben ser respetadas y las condiciones de ellas. 1. Que se den las mismas variables, entendiéndose por tal que las condiciones laborales que dan lugar al devengo de las retribuciones variables, con referencia en los últimos doce meses; 2. Que la retribución global conforme al convenio de la subrogada sea inferior al de la empresa subrogante. En orden al mecanismo de compensación retributivo a cargo de la empresa subrogada, aplicable a las percepciones variables son en atención al volumen de variables y al precio unitario en atención al menor o mayor volumen. Por otro lado, niega que se pueda acudir a criterios comparativos de partidas fijas y variables de una y otra empresa porque cuando la retribución global es igual o superior a la de la saliente no se aplica mecanismo compensatorio alguno.



El motivo debe ser desestimado porque la sentencia de instancia no ha incurrido en la infracción convencional que se denuncia, siguiendo el criterio mantenido por esta Sala, en recurso similar, 904/2015 .

En efecto, en modo alguno combate realmente el recurso la consideración que se hace en la sentencia de instancia en orden a la retribución global como eje de su decisión y excluyente de los mecanismos que la parte actora pretende hacer valer. Como señala la parte recurrida, los diferentes motivos se destinan más bien a recoger una serie de preceptos convencionales para insistir en la revocación del fallo de la sentencia recurrida, pero sin combatir realmente lo razonado por el juzgador de instancia, incumpliendo los mandatos del artículo 196.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que exige que se fundamente la infracción legal que se dice cometida.

Además, es evidente que la parte está queriendo hacer valer una interpretación de los convenio colectivos que invoca distinta a la dada por la juez de instancia, aunque sin invocar realmente los preceptos civiles en la materia, y sobre ello debe recordarse lo que señala la jurisprudencia al decir que " *A su vez, en la Sentencia de 18 de Mayo de 2010 (rec. 171/09) argumentábamos: ".....como reiteradamente ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo -entre otras, STS de 27 de abril de 2001 (rec. 3538/2000) , es doctrina constante de este Tribunal (sentencias de 12 de noviembre de 1993 , 3 de febrero y 21 de julio de 2000, con cita de igual doctrina de la Sala Primera) " que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual " . A ello añade la sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 1997 (recurso 3588/96) , matiza " que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes " (STS de 19 de abril de 2016, Recurso 122/2015) .*

En atención al anterior criterio jurisprudencial, hemos de entender que, la sentencia recurrida ha atendido a lo que el propio convenio colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra dispone en su artículo 67 D.1 en orden a la retribución económica bruta anual, como garantía retributiva, sin que la mención a las retribuciones variables venga a alterar ese criterio general que, como base o principio, es consecuencia de la subrogación y respecto de los derechos de los trabajadores afectados. Y ello sin atender a que el plus de jornada irregular, es contemplado en el III Convenio Colectivo de Swissport Handling Madrid UTE u Swissport Handling Lanzarote UTE, como retribución incluida en la tabla de variables de su Anexo. Todo lo cual hace innecesario cualquier otra consideración en orden a los demás preceptos y Disposiciones que se citan cuando consta que a la actora no se le han perjudicado sus derechos retributivos al pasar a la empresa demandada y en lo que aquí se está demandando, en referencia exclusiva en esta fase al plus de jornada irregular.

Por lo expuesto

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por D. Lucas , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid, de fecha 22 de junio de 2015 , en virtud de demanda formulada por el recurrente frente a SWISSPORT HANDILNG MADRID UTE, SWISSPORT HANDLING, S.A., SWISSPORT HANDILNG INTERNACIONAL, S.L., SWISSPORT SPAIN AVIATION SERVICES, S.L. y LESMA AVIATION SLU, en reclamación por derechos y cantidad, y en consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia.

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 Publico 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 2829-0000-00-0929-15 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. 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.
3. En el campo *BENEFICIARIO*, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000092915), 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).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

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 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.