



Roj: **STSJ PV 2098/2018 - ECLI:ES:TSJPV:2018:2098**

Id Cendoj: **48020340012018101310**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2018**

Nº de Recurso: **1138/2018**

Nº de Resolución: **1355/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Recurso de suplicación 1138/2018

**NIG PV 20.05.4-17/002966**

**NIG CGPJ 20069.34.4-2017/0002966**

**SENTENCIA Nº: 1355/2018**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 26/6/2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por AUTOCARES AIZPURUA S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 6-2-18 , dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Paulino frente a **AUTOCARES AIZPURUA S.L., AUTOCARES DIEZ S.A., UTE JAIZKIBEL, COMPAÑÍA DE NAVARRA DE AUTOBUSES S.A., LA TAFALLESA S.A.U. y EUSKA TOUR S.L.**

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- D. Paulino venía prestando sus servicios para la empresa "Autocares Aizpurua, S.L." desde el 8 de Enero del 2.007, con la categoría profesional de conductor, y con un salario mensual de 4.149,81 euros, incluidas las prorratas de las pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- El Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco es el titular del servicio de transporte escolar a los distintos centros de enseñanza dependientes del Departamento de Educación, situados en los territorios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa.

TERCERO.- El Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco convoca periódicamente concursos públicos para asignar el servicio de transporte escolar a los diferentes centros de



enseñanza de los que es titular en los territorios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, adjudicando dicho servicio a aquella empresa, que cumpliendo con los requisitos que establece el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco para prestar ese servicio, realice una mejor oferta.

Cuando como consecuencia de uno de estos concursos públicos se produce un cambio en la empresa adjudicataria del servicio, la nueva empresa adjudicataria del servicio asume en su plantilla a los trabajadores asignados al mismo a través del mecanismo de la subrogación.

CUARTO.- El servicio de transporte escolar a los diferentes centros de enseñanza de los que es titular el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, en los territorios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, es un servicio que abarca la duración del curso escolar, es decir que se extiende desde el mes de Septiembre del año de inicio del curso escolar, hasta finales del mes de Junio del año siguiente.

Los trabajadores adscritos a este servicio de transporte escolar durante los meses de Julio y Agosto, o bien prestan otros servicios para las empresas de transporte adjudicatarias de ese servicio, o para otras empresas de transporte, o bien permanecen en situación de desempleo durante esos dos meses.

QUINTO.- Desde el 1 de Enero del 2.015, la empresa "Autocares Aizpurua, S.L." era adjudicataria de diversos servicios de transporte escolar en Gipuzkoa, que eran los que se correspondían con las claves G 4.525, G 4.531, G 1.401, G 4.516, G 4.522, G 4.534, G 4.535, G 7.501, G 9.201 y G 6.950.

Por lo que interesa a este procedimiento, el servicio que corresponde a la clave G 4.535, era el transporte escolar a la ikastola Txingudi, de la localidad de Irun

SEXTO.- D. Paulino venía prestando sus servicios para la empresa "Autocares Aizpurua, S.L.", adscrito al servicio de transporte escolar G 4.535, con una jornada de trabajo del 100%, que cubría el traslado a la base de la empresa en la localidad de Usurbil, el traslado desde la base al servicio y vuelta, así como la limpieza del autobús en el que realiza el transporte.

D. Paulino prestaba este servicio durante el curso escolar, es decir desde el mes de Septiembre hasta finales del mes de Junio del año siguiente, y durante los meses de Julio y Agosto, o bien realizaba servicios puntuales para la empresa "Autocares Aizpurua, S.L.", bajo la modalidad de contrato de obra o servicio determinado, o bien permanecía en situación de desempleo hasta el nuevo llamamiento correspondiente al nuevo curso escolar.

SEPTIMO.- Durante el año 2.017, el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, convocó un nuevo concurso público para adjudicar el servicio de transporte escolar a los distintos centros de enseñanza dependientes del Departamento de Educación, situados en los territorios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, concurso al que se presentaron diversas empresas de transporte.

OCTAVO.- Al inicio del curso escolar 2.017/18, el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco todavía no había resuelto el concurso público para la adjudicación del servicio de transporte escolar, lo que habida cuenta del número de empresas que se habían presentado a dicho concurso, y de la competencia entre ellas, la empresa "Autocares Aizpurua, S.L." llegó a la conclusión de que no iba a mantener todos los servicios que se le habían adjudicado en el año 2.015, pero desconocía cuales podría mantener y cuales perder.

NOVENO.- El 25 de Agosto del 2.017, la Dirección de la empresa "Autocares Aizpurua, S.L." convocó a una asamblea a todos los trabajadores que prestaban sus servicios en el servicio de transporte escolar dependiente del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, para exponerles la situación que podría producirse de no mantener los servicios que tenía adjudicados hasta ese momento, y las diversas alternativas que se abrían a los trabajadores y a la propia empresa.

A esta asamblea no acudieron todos los trabajadores asignados al servicio de transporte escolar, pues algunos de ellos se encontraban disfrutando de vacaciones.

Tras esta asamblea, la Dirección de la empresa "Autocares Aizpurua, S.L." remitió un burofax a todos los trabajadores afectados, para informarles del contenido de la asamblea, recibiendo esta comunicación por vía burofax también D. Paulino .

DECIMO.- El 1 de Septiembre del 2.017, la Dirección de la empresa "Autocares Aizpurua, S.L." recibió una llamada por parte del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco en la que le comunicaba que únicamente se le había asignado la ruta con la clave G 6.950, también conocida como Zuhazti bidea.

DECIMOPRIMERO.- Al tener conocimiento indirecto de que no se le habían asignado otros servicios de los que anteriormente era adjudicataria, el 1 de Septiembre del 2.017, la Dirección de la empresa "Autocares Aizpurua, S.L." remitió un burofax a todas las empresas que conocía se habían presentado al concurso para



la adjudicación del servicio de transporte escolar, a fin de conocer a que empresas se habían adjudicado los diferentes servicios, ya que tenía conocimiento de que algunas empresas ya habían comenzado a realizar dichos servicios.

A estos burofax que remitió la empresa "Autocares Aizpurua, S.L." únicamente respondieron algunas de las empresas que lo recibieron, por lo que no pudo conocer con exactitud cuáles eran las empresas adjudicatarias de los servicios de transporte escolar que había realizado durante el curso 2.016/17.

DECIMOSEGUNDO.- El 7 de Septiembre del 2.017, la empresa "UTE Jaizkibel", formada por las empresas "Autocares Díez, S.A.", "La Tafallesa, S.A.U.", "Compañía de Navarra de Autobuses, S.A.", se hizo cargo de la ruta denominada G 4.535, realizando ese servicio desde esa fecha con su propio personal y sus propios medios.

DECIMOTERCERO.- El 11 de Septiembre del 2.017, la empresa "Autocares Aizpurua, S.L." remitió un burofax a D. Paulino en el que le comunicaba que la ruta G 4.535 había sido adjudicada a la empresa "Autocares Díez, S.A.", y que en relación a esa ruta G 4.535, la empresa "Autocares Díez, S.A." no había aceptado la subrogación.

DECIMOCUARTO.- El 2 de Octubre del 2.017, D. Paulino remitió un burofax a la empresa "Autocares Díez, S.A." en el que manifestaba que a su juicio debía haber sido subrogado por esa empresa, hacía constar cuales eran las condiciones de su relación laboral en relación a la subrogación y solicitaba información acerca de la no subrogación.

La empresa "Autocares Díez, S.A." recibió este burofax el 3 de Octubre del 2.017, pero no lo contestó.

DECIMOQUINTO.- El concurso público para adjudicar el servicio de transporte escolar a los diferentes centros de enseñanza de los que es titular el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, en los territorios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, fue resuelto finalmente mediante resolución del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco de 17 de Octubre del 2.017, en la que se adjudicó el servicio de la ruta G 4.535, a la empresa "Autocares Díez, S.A."

DECIMOSEXTO.- D. Paulino es el trabajador que más ha prestado sus servicios en la ruta denominada G 4.535, no siendo este un punto litigioso.

DECIMOSEPTIMO.- El tiempo que se necesita para realizar la ruta denominada G 4.535, que es el servicio de transporte escolar de la ikastola Txingudi, de la localidad de Irun, es de 4,15 horas diarias, lo que equivale a un 57% de la jornada de trabajo ordinaria.

DECIMOCTAVO.- En el periodo comprendido entre el 7 de Septiembre del 2.016 y el 29 de Junio del 2.017, D. Paulino percibió en concepto de salario las siguientes cantidades, 2.680,45 euros en el mes de Septiembre del 2.016, 3.893,80 euros en el mes de Octubre del 2.016, 2.983,44 euros en el mes de Noviembre del 2.016, 3.481,16 euros en el mes de Diciembre del 2.016, 3.481,16 euros en concepto de paga extraordinaria de Navidad del año 2.016, 3.138,32 euros en el mes de Enero del 2.017, 3.001,28 euros en el mes de Febrero del 2.017, 3.609,41 euros en el mes de Marzo del 2.017, 3.609,41 euros en concepto de paga extraordinaria de beneficios del año 2.016, que percibió en el mes de Marzo del 2.017, 3.073,79 euros en el mes de Abril del 2.017, 3.227,94 euros en el mes de Mayo del 2.017 y 5.317,96 euros en el mes de Junio del 2.017, en total 41.498,12 euros.

DECIMONOVENO.- Desde el mes de Septiembre del 2.017, D. Paulino ha prestado sus servicios para la empresa "Autocares Aizpurua, S.L." en diversas ocasiones, realizando servicios de transporte de personas concretos, pero no un servicio regular de transporte de personas.

VIGESIMO.- El convenio colectivo de transporte de viajeros por carretera de Gipuzkoa, para los años 2.006/14, finalizó su vigencia el 31 de Diciembre del 2.014, sin que las partes llegaran a un acuerdo para su prórroga o para la firma de un nuevo convenio, si bien desde esa fecha se han mantenido diversas reuniones entre los representantes de las empresas del sector y de los trabajadores, los cuales el 23 de Noviembre del 2.017 acordaron ampliar el periodo de ultraactividad más allá del 31 de Diciembre del 2.017 a fin de evitar la pérdida de la vigencia de ese convenio, publicándose ese acuerdo en el Boletín Oficial de Gipuzkoa de 8 de Enero del 2.018.

VIGESIMOPRIMERO.- D. Paulino no es, ni ha sido durante el año anterior a los hechos representante de los trabajadores.

VIGEMOSEGUNDO.- Se ha intentado la conciliación entre las partes ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Gipuzkoa del Gobierno Vasco el 19 de Octubre del 2.017, acto al que comparecieron las empresas "Autocares Aizpurua, S.L.", "Autocares Belintxon, S.L.", "Autocares Díez, S.A.", "Unitravel Autocares, S.L.", "Autocares Alegría UTE Sarasola", "Alegría Hermanos, S.A." e "Hijas de José Sarasola,



S.L." con las que D. Javier no llegó a ningún acuerdo, terminando el acto sin avenencia, y teniéndose por intentado sin efecto en relación a la empresa "Autocares Urpa, S.L.", que no compareció a dicho acto."

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimo la demanda, declaro la improcedencia del despido que la empresa "UTE Jaizkibel", formada por las empresas "Autocares Díez, S.A.", "La Tafallesa, S.A.U." y "Compañía de Navarra de Autobuses, S.A." realizó en la persona de D. Paulino el 7 de Septiembre del 2.017 en un 57% de su jornada de trabajo, debiendo las partes pasar por esta declaración; condeno a las empresas "UTE Jaizkibel", "Autocares Díez, S.A.", "La Tafallesa, S.A.U." y "Compañía de Navarra de Autobuses, S.A.", de manera conjunta y solidaria y a su opción, o a la inmediata readmisión de D. Paulino en las mismas condiciones que regían su relación laboral con anterioridad al 7 de Septiembre del 2.017, y a abonarle los salarios dejados de percibir desde el 8 de Septiembre del 2.017 hasta que la readmisión tenga lugar, pudiendo descontar aquellas cantidades que D. Paulino hubiera percibido en concepto de salario durante este periodo, o a abonarle una indemnización de 32.602,98 euros, y le absuelvo de los demás pedimentos de la demanda, y absuelvo al Fondo de Garantía Salarial, de los pedimentos de la demanda.

Y declaro la improcedencia del despido que la empresa "Autocares Aizpurua, S.L." realizó en la persona de D. Paulino el 7 de Septiembre del 2.017 en un 43% de su jornada de trabajo, debiendo las partes pasar por esta declaración; condeno a la empresa "Autocares Aizpurua, S.L.", a su opción, o a la inmediata readmisión de D. Paulino en las mismas condiciones que regían su relación laboral con anterioridad al 7 de Septiembre del 2.017, y a abonarle los salarios dejados de percibir desde el 8 de Septiembre del 2.017 hasta que la readmisión tenga lugar, pudiendo descontar aquellas cantidades que D. Paulino hubiera percibido en concepto de salario durante este periodo, o a abonarle una indemnización de 24.595,23 euros, y le absuelvo de los demás pedimentos de la demanda, y absuelvo al Fondo de Garantía Salarial, de los pedimentos de la demanda.

Y absuelvo a la empresa "Eusko Tour, S.L." de los pedimentos de la demanda."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por el demandante y las codemandadas UTE Jaizkibel y Autocares Díez S.A.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La resolución judicial de instancia ha estimado (parcialmente) la pretensión del trabajador demandante, con categoría profesional de conductor (autobuses), que ha prestado servicios para su empresarial laboral principal Autocares Aizpurua S.L. desde el 17-12-11, siendo que ahora, tras la nueva adjudicación de servicios de transporte escolar, a partir del 7-9-17, a la empresarial UTE Jaizkibel, esta nueva empresarial entrante no ha subrogado al trabajador, que según referencias de su empresarial en consulta con el Departamento del Gobierno Vasco (hecho probado 17), equivale al 57%-43% de la jornada de trabajo ordinaria, todo ello según el Convenio Colectivo de Transporte por Carretera de Gipuzkoa, en concreto, su art. 42 . El juzgador de instancia ha establecido tanto una percepción salarial (4.149,81 euros), como una antigüedad de 17-12-11, que han sido inicialmente discutidas, según exposición y referencias que constan en la fundamentación jurídica. Con todo, la estimación de la pretensión lo es respecto de la calificación de improcedencia del despido en el porcentaje no subrogado por la empresarial entrante, que se adjudica a la empresarial saliente, que había venido defendiendo la imposibilidad de una subrogación parcial, en atención al Convenio Colectivo. Se desestima la petición principal de nulidad del despido por cuanto no hay alegación y prueba suficiente y se concluye con una calificación de improcedencia respecto de la proporción de la jornada, 43%, que no ha sido asumida o subrogada por la empresarial entrante, con condena a la empresarial saliente, Autocares Aizpurua S.L., con cálculo indemnizatorio que se eleva, finalmente, a 32.602,98 euros. Pero condenando también a las empresas entrantes UTE Jaizkibel, Autocares Díez, S.A., La Tafallesa, S.A.U. y Compañía de Navarra de Autobuses, S.A.) por no abonar la subrogación restante (57%).

Disconforme con tal resolución de instancia, solo la empresarial condenada Autobuses Aizpurua, plantea Recurso de Suplicación articulando hasta cuatro motivos de revisión fáctica al amparo del párrafo b) del art. 193 de la LRJS a los que se suma un último motivo jurídico según el párrafo c) del mismo artículo y texto que pasamos a analizar.

El recurso ha sido impugnado por el demandante, que plantea una revisión fáctica y las empresariales codemandadas UTE Jaizkibel y Autocares Díez S.A.

**SEGUNDO** .- Los motivos de revisión fáctica esgrimidos al amparo del artículo 193 b) de la LRJS exigen recordar que el proceso laboral delimita, desde la Ley de Bases 7/89, la exigencia de un Recurso de Suplicación como medio de impugnación extraordinario propio de una única instancia con cierta naturaleza casacional que solo puede interponerse por motivos tasados, expresos y circunstanciados sin que el Tribunal pueda acceder al



examen, con modificación de la resolución de instancia, mas que cuando exista un error en la apreciación de los medios de prueba que consten en el procedimiento, ya sea positivamente, por recoger hechos contrarios a los que se desprenden de la actividad probatoria, o negativamente, por omisión de tales que del mismo modo se desprenden de dichas pruebas. Además el padecimiento del error debe ser palpable y evidente, con trascendencia en el Fallo y variación del procedimiento, y por lo mismo con independencia de su certeza o veracidad.

La revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación pero, en todo caso, evidenciándose las pruebas documentales o periciales que obrando en autos, y siendo concretamente citadas por el recurrente, son base para descubrir, al margen de cualesquiera otros medios probatorios, la infracción normativa de que deriva.

Así respecto de la prueba documental el éxito de la motivación fáctica del recurso extraordinario exige que los documentos alegados sean concluyentes, decisivos y con poder de convicción o fuerza suficiente para dejar de manifiesto el error del Magistrado de instancia, sin lugar a dudas.

En lo que respecta a la prueba pericial, y al margen de la discrecionalidad o apreciación libre del Magistrado de instancia, tan sólo el desconocimiento o ignorancia de su existencia, o la contradicción por emisión de variados informes o dictámenes, hacen que el sentido de la apreciación pueda ser contradictorio permitiendo a la Sala la valoración en conjunto que concuerde con la de instancia o concluya de manera diferente.

En lo que respecta al caso concreto de la presente pretensión de la empresarial recurrente que induce inicialmente a la modificación fáctica del hecho probado 1 al objeto de constatar las percepciones salariales correctas, invocando inicialmente un cálculo de 2.961,78 euros, teniendo en cuenta las nóminas efectivas de septiembre de 2016 a junio de 2017, sin perjuicio de la circunstancia de los períodos de IT con las bases de cotización, y todo ello teniendo en cuenta la segunda revisión fáctica que propone modificar el hecho probado 18 para el período comprendido entre el 1-9-16 y 31-3-17, en el que las percepciones salariales por las mensualidades recojan verdaderamente las retribuciones brutas en las percepciones que son, exclusivamente, salariales y sin reiteraciones, pagas de navidad o retribuciones, que deben ser diferenciadas y no duplicadas, a criterio de la Sala exige una estimación parcial que quiere ser clarificada en contraposición con la errónea que, creemos, ha conllevado la previsión que fija el juzgador de instancia (4.149,81 euros).

Y es que los instrumentos probatorios suficientes y adecuados, consistentes en las nóminas y percepciones de distinta naturaleza jurídica, salarial o extrasalarial (no podemos incluir en el cálculo las dietas, kilometrajes, pluses de domingos y festivos o pluses de exceso de horas de disponibilidad...), hacen que ciertamente la modificación deba tener éxito en el sentido de utilizar para el salario regulador, única y exclusivamente los conceptos salariales, observando los ingresos diferenciados respecto de los períodos retribuidos, sin duplicidad, teniendo en cuenta para las circunstancias de IT, al menos las percepciones o bases de cotización que se corresponden con las nóminas obrantes en autos en los folios 291 y ss.

De ahí que aceptemos la modificación del hecho probado 18 en relación al sumatorio de las cantidades de 2.961,78 euros del período de septiembre de 2016 al 31 de marzo de 2017 y que incluyamos la referencia a las nóminas del período de septiembre de 2016 a junio de 2017, teniendo en cuenta también los períodos de IT y cotización, no pudiendo olvidar que en la papeleta de demanda el trabajador demandante definió una reclamación salarial inferior de 3.045,73 euros (folio 2 vuelta), que nadie ha discutido ni aludido a razones de congruencia u otras pautas procedimentales.

En resumidas cuentas, en revisión fáctica completa, alcanzamos la proposición subsidiaria que cuantifica la recurrente, fijando un salario mensual de 2.961,78 euros s.e.u.o, máxime cuando ninguna de las contrapartes ha asumido y advertido cualesquiera matizaciones y plasmaciones aritméticas de dicha cuantificación.

Observamos que esa revisión fáctica es trascendente a los efectos de la evidencia en el cálculo indemnizatorio y se infiere de las documentales obrantes en autos, que demuestran el error, matemático y de concepto, en que ha incurrido el juzgador de instancia.

Sin embargo, la cuarta revisión fáctica que propone incorporar al hecho probado 17 unas matizaciones respecto del tiempo necesario de desplazamiento desde la sede en la localidad de Usurbil hasta la localidad de inicio de la actividad (Irun), en una jornada de trabajo en la que se quiere incluir aspectos de toma y deje, número de viajes, y por tanto, alcanzar una proporción de jornada de 95%, a criterio de la Sala no podrá tener éxito por cuanto la documental trascendente en que pretende basarse la recurrente para realizar la modificación, dice relación al propio Convenio Colectivo (art. 13.5 ), valiéndose de una interpretación de lo recogido en el hecho probado 6, con referencias a itinerarios o rutas, distancias y evidencias recogidas de Google, para con unos desplazamientos y realización última de tiempos (toma y deje y limpieza), que no han



sido objeto de verdadera contraposición en el acto de juicio. Por cuanto la empresarial recurrente defendió única y exclusivamente la inexistencia de una subrogación parcial, y no hubo controversia respecto del alcance de dicha proporción de jornada, que venía referenciada por el cuestionamiento que realizó la empresa entrante (UTE Jaizkibel, Autocares Díez, S.A., La Tafallesa, S.A.U. y Compañía de Navarra de Autobuses, S.A.) para con el Gobierno Vasco y que se constata en el hecho probado 17, inalterado.

Difícilmente podemos dar entrada a parámetros que no han sido objeto de discusión o controversia recíproca y que el juzgador de instancia no ha podido valorar, aun cuando jurídicamente podamos constatarlo en la interpretación del articulado del Convenio Colectivo expuesto.

Por todo lo mencionado procedemos a estimar parcialmente la revisión fáctica propuesta en el sentido de considerar el cálculo subsidiario del salario en la cifra de 2.961,78 euros, desestimando el resto de revisiones.

En lo que se refiere a la revisión fáctica propuesta por el trabajador impugnante que, en aplicación del art. 197 de la LRJS, peticona la modificación del hecho probado 12 al objeto de incluir entre las empresas subrogantes a la absuelta Euska Tour S.L., y aun cuando también lo pidió en petición de Recurso de Aclaración, esta Sala no puede admitir dicha modificación fáctica, que no viene acompañada del pertinente Recurso de Suplicación que debió articular el trabajador al objeto de petitionar una responsabilidad solidaria de dicha empresarial, que ha quedado absuelta en instancia y a la que, con la simple revisión fáctica, no podemos incorporar entre las empresas condenadas, al carecer de la articulación suficiente respecto de la infracción jurídica pertinente.

En ese sentido procedemos a la denegación de la revisión fáctica propuesta por el trabajador impugnante.

**TERCERO.-** En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos la empresarial recurrente denuncia la infracción de los arts. 13 y 42 del Convenio Colectivo del Transporte de Viajeros por Carretera de Gipuzkoa en relación al art. 19 del Acuerdo Marco Estatal, insistiendo en la obligación de subrogación del 100% de la jornada del demandante por parte de la empresarial entrante, en interpretación del art. 42, citando la sentencia del TS de 10-1-17, recurso 1077/15, sin admitir sino subsidiariamente la posibilidad de una subrogación parcial (95%), para lo que pretende llegar al recálculo que ha estipulado en revisión fáctica y hemos inadmitido parcialmente, haciendo alusión a su interpretación del relato fáctico inalterado (olvidándose del hecho probado 17), concluyendo que no debe declararse la responsabilidad exclusiva de la empresarial entrante, o subsidiariamente, única y exclusivamente una condena parcial por el porcentaje que ha intentado recalcular, y todo ello en los términos de la cuantificación indemnizatoria en función de la salarial que ha propuesto en revisión fáctica, analizaremos dicha temática de subrogación convencional.

Y es que, como bien conocemos, ni siquiera necesitamos acudir al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores para hablar de una sucesión empresarial, cuando se dan las figuras en forma de subrogación que vienen reflejadas en las normas sectoriales, Convenios Colectivos (no solo en vigilancia o seguridad, sino también en servicios de limpieza y otros, como por ejemplo el actual en materia de subrogación en caso de subrogación de empresas en el ámbito del transporte por carretera de Gipuzkoa, escolares, art. 42), que tienen por exigencia y finalidad legal reflejar la obligación al objeto de conservar los puestos de trabajo y evitar la proliferación de contingencias en los que los trabajadores de una empresa pasan automáticamente a la siguiente empresa adjudicataria en el momento de cambio y titularidad de las contrataciones, y siempre y cuando esos trabajadores cesantes lleven al menos un tiempo de prestación de servicios, normalmente con independencia absoluta de la modalidad del contrato que se tenga. Son supuestos de sucesión empresarial por subrogación convencional inter vivos, en los que la empresa saliente normalmente acredita una relación de personal, antigüedad, jornada, horarios, condiciones y otros, así como las liquidaciones abonadas, y la empresa entrante debe incorporar



a su plantilla el personal afectado por este cambio de titularidad con los mismos derechos y obligaciones contractuales que tuvieran en la empresa cesante.

Tal es así que en el supuesto de autos, deviene evidente, como bien remata el juzgador de instancia, que resulta aplicable el art. 42 del Convenio Colectivo del Transporte de Viajeros por Carretera de Gipuzkoa, en previsión de subrogación empresarial, que avisando de que pretende llegar a lograr una mayor estabilidad en el empleo, recoge la obligación de integrar en plantilla a los trabajadores que realizaran servicios (regulares o, en su caso, especiales), respetándoles sus condiciones económicas y de cualquier otra índole que tuvieran antes de la subrogación. Pero especificando que el número de trabajadores a subrogar será el necesario para la realización del servicio y que la subrogación operará en primer lugar respecto de los trabajadores que voluntariamente lo deseen y, en segundo, en ausencia de estos o para alcanzar el número de trabajadores necesario para la realización del servicio, respecto de los que mas tiempo hayan trabajado en los 12 últimos meses en el servicio de que se trata. De donde se infiere sin lugar a dudas, que los efectos subrogatorios que prevé el Convenio Colectivo son de asunción por el nuevo contratista de los trabajadores adscritos a dichos servicios y, creemos, en su correspondiente especificación de adjudicación y subrogación que no debe alcanzar la totalidad del vínculo laboral que tiene el trabajador en su empresa de origen, ahora saliente, coincidiendo con el parecer del juzgador de instancia, sino que en función de la nueva adjudicación, pliegos y condiciones de contratación en el concurso público, la nueva adjudicataria aceptará las líneas de servicio y deberá subrogarse en aquellos trabajos y trabajadores que están adscritos a tal servicio objeto de subrogación, que no propiamente cualesquiera otras actividades o servicios, líneas de transporte o trabajos que, fuera de la adscripción a esa línea de transporte, pudiera tener la empresarial saliente y sus trabajadores.

En otras palabras, no solo la redacción y literalidad del articulado convencional (art. 42), sino sus exigencias de subrogación, conllevan la evidencia y garantía de que la sucesión- subrogación sea única y exclusivamente la necesaria para la realización del servicio, operando en una serie de circunstancias y requisitos que en modo alguno deben llevar a una especie de subrogación completa o global por el nuevo contratista de todos los servicios que pudiera tener la empresa saliente, con independencia de la actividad o contrata adjudicada. La teoría de la subrogación completa referenciada a una exigencia de asumir el 100% de la jornada del trabajador demandante, no se compagina con el articulado del Convenio Colectivo ni tampoco se extrae de las resultancias de nuestra doctrina jurisprudencial, en concreto de la sentencia del TS de 10-1-17, recurso 1077/15, como ya hemos hecho saber en otras circunstancias (sentencia del TSJPV de 24-10-17, recurso 2016/17) por cuanto su invocación viene referida a una circunstancia de reducción del volumen de la contrata en un nuevo pliego de condiciones, que no es el supuesto de autos, por cuanto en ese caso, si el pliego de condiciones ya redujese la nueva adjudicación, el deber de subrogación lo sería de aquella línea de transporte específica, tal cual se contiene en el concurso, en el pliego y en la adjudicación, sin que la empresarial entrante pudiese, soslayando los despidos objetivos o las modificaciones sustanciales, no subrogar la literalidad y circunstancia en previsión específica previa a la nueva adjudicación (también citábamos la sentencia de 21-9-12, recurso 2247/11, aun cuando lo sea para el Convenio Colectivo de Seguridad, avisando que el art. 14 de aquel texto permite considerar que la subrogación no es obligatoria para el nuevo contratista cuando el arrendatario del servicio suspende o reduce el mismo por período superior a 12 meses).

Por ello creemos que, en el supuesto de autos y en aplicación del Convenio Colectivo presente, la empresa entrante tan solo se ve obligada a la subrogación de los trabajadores que están adscritos a la línea que se le adjudica en prestación de servicios específica y cuya proporcionalidad, en relación a la jornada y por ende a sus condiciones, son las que imperan en la garantía de cambio de empresario, que a todas luces y en el supuesto de autos, no puede verse alterada en relación a la ya fijada por el juzgador de instancia en la equivalencia del 57% que recoge respecto del tiempo necesario para la prestación de servicios, en contestación efectuada por el adjudicador del servicio Gobierno Vasco (hecho probado 16), por cuanto no ya solo los cuestionamientos novedosos que realiza la recurrente en Suplicación para tener en cuenta las advertencias de toma y deje, limpieza y otras, y adscribir un número superior de horas a la jornada, devienen inoperantes, sino que además no se infieren de la revisión fáctica inadmitida ni puede esta Sala, per saltum y ex novo, sin previsión de confrontación o argumentación de instancia, entrar a conocer de una alteración en la proporción de la jornada y la adjudicación, que incluso no es reconocida por la línea de servicio adjudicada por el organismo público que la convoca.

En resumidas cuentas, la resolución judicial de instancia ha realizado una imputación de responsabilidad a la empresarial saliente y en proporción a la entrante, que esta Sala debe confirmar por cuanto la subrogación parcial de la entrante deviene acertada, pero a la vista de la revisión fáctica aceptada y teniendo en cuenta la conformación salarial de elementos exclusivamente de naturaleza salarial, no los extrasalariales, deberá alterarse la resolución judicial de instancia para preconizar una cuantía salarial que alcanza los 2.800961,78 euros, ateniéndonos a las manifestaciones ya efectuadas en la argumentación respecto de la revisión fáctica, a sabiendas de que ninguna de las contrapartes ha realizado un cálculo de contraposición. Y que otorga a esta



Sala finalmente una referencia indemnizatoria de 17.553,97 euros, distinta de la reconocida en la instancia de 24.595,23 euros, todo ello s.e.u.o.

El escrito de impugnación del resto de empresariales condenadas no puede ser referente por el cambio de sus cálculos indemnizatorios, por cuanto no son verdaderos Recursos de Suplicación que combatan el fallo condenatorio de instancia.

Por todo lo mencionado procederá la estimación parcial del Recurso de Suplicación de la empresarial recurrente.

**CUARTO.-** Como quiera que la empresarial recurrente ve estimado parcialmente su Recurso de Suplicación, y aun cuando no goza del beneficio de justicia gratuita, en atención al art. 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas, con devolución de depósito y aplicación de consignaciones.

## FALLAMOS

Que ESTIMAMOS PARCIALMENTE el Recurso de Suplicación interpuesto por AUTOCAREZ AIZPURUA contra la sentencia dictada en fecha 6-2-18 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Donostia en autos nº 601/17 seguidos a instancia de Paulino frente a AUTOCARES AIZPURUA S.L., AUTOCARES DIEZ S.A., UTE JAIZKIBEL, COMPAÑIA DE NAVARRA DE AUTOBUSES S.A., LA TAFALLESA S.A.U. y EUSKA TOUR S.L., revocando parciamente la resolución recurrida en el sentido de considerar que la percepción salarial es de 2.961,78 euros y que por ello el cálculo indemnizatorio, se elevaría a 17.553,97 euros (no 24.595,23), manteniendo el resto de pronunciamientos, dictados y responsabilidades empresariales que se recogen en la instancia.

Sin condena en costas, con devolución de depósito y aplicación de consignaciones.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

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

## ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1138-18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699- 0000-66-1138-18.





Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ