



Roj: **STSJ GAL 5919/2024 - ECLI:ES:TSJGAL:2024:5919**

Id Cendoj: **15030340012024103923**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **04/09/2024**

Nº de Recurso: **1657/2023**

Nº de Resolución: **3812/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

Sección Primera

SENTENCIA: 03812/2024

-

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno:981-184 845/959/939

Fax:

Correo electrónico:Sala1.social.tsxg@xustiza.gal

NIG:15030 44 4 2022 0002877

Equipo/usuario: CG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001657 /2023 PM

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000397 /2022

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

RECURRENTE/S D/ñaAUTOS CARBALLO SL

ABOGADO/A:MARIA ROMAN CAPELAN

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña:FOGASA, AUTOCARES REY VARELA SL , Estela

ABOGADO/A:LETRADO DE FOGASA, SABELA LAGE DIAZ , **CRISTINA ESTEVEZ PAZOS**

PROCURADOR:, , OSCAR PEREZ GORIS

GRADUADO/A SOCIAL:, ,

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO - PRESIDENTE -

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

ILMO. SR. D. GONZALO SANS BESADA

En A CORUÑA, a cuatro de septiembre de dos mil veinticuatro.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 SUPPLICACION 0001657 /2023, formalizado por la entidad AUTOS CARBALLO SL contra la sentencia número 603/2022 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000397 /2022.

Siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JOSE ELIAS LOPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO:D/Dª Estela presentó demanda contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL , AUTOS CARBALLO SLU y AUTOCARES REY VARELA siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 603/2022, de fecha diez de octubre de dos mil veintidós.

SEGUNDO:En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"Primero.- La parte demandante, Dña. Estela , prestó servicios como conductora para la empresa demandada Autocares Rey Varela SL mediante diversos contratos temporales para obra o servicio, con la finalidad de cubrir servicios de transporte escolar, en los periodos de 15/09/05 a 26/06/06, 11/09/06 a 22/06/07, 13/09/17 a 31/05/2008, 14/06/08 a 14/06/08, 11/09/08 a 23/06/08, 16/09/09 a 23/06/2010, 13/09/10 a 23/06/11, 12/09/11 a 22/06/12, 28/07/12 a 28/07/12, 11/09/12 a 21/06/13, 11/09/13 a 20/06/14, 10/09/14 a 20/06/15, 10/09/15 a 22/06/16, 12/09/16 a 23/06/17, 11/09/17 a 22/06/18, 2/09/18 a 2/09/18, 12/09/18 a 2/09/18, 12/09/18 a 21/06/19, y 11/09/19 a 19/06/20. Con efectos de 10/09/2020 se otorgó contrato indefinido fijo discontinuo para la prestación de los mismos servicios, reconociendo en nómina a la actora la referida fecha como antigüedad. **Segundo.**-La trabajadora fue subrogada por su actual empleadora, Autos Carballo SL el 23/12/20, por ser la nueva adjudicataria del servicio de transporte escolar identificado como Lote XG-848. La empresa saliente incluyó a la actora en la relación de trabajadores del servicio comunicada a la entrante, con indicación de una antigüedad de 11/09/19 y salario bruto anual de 19216,80 euros. **Tercero.**-La trabajadora demandante ha percibido las remuneraciones que obran en las nóminas aportadas como documentos 4 de Autocares Rey Varela SL y 6 de Autos Carballo SL que se tienen por reproducidas en su integridad. En concreto, la empresa Autocares Rey Varela SL venía abonando a la actora hasta junio de 2020 un plus de actividad de 92,93 euros mensuales, un plus de permanencia de 68,96 euros, así como complementos de "mejora voluntaria" y de "beneficios" en cuantía variable con los que se alcanzaba una remuneración mensual líquida de 1200 euros. Desde septiembre de 2020 el complemento de "beneficios" es sustituido por un complemento de "paga extra dist" manteniendo la misma remuneración líquida. La empresa Autos Carballo SL abona desde la subrogación un plus de convenio de cuantía idéntica a la del plus de permanencia abonado por la empresa saliente, y abona en las mensualidades de diciembre, enero y febrero el plus de actividad complementaria que se venía abonando. A partir de la mensualidad de marzo de 2021 se reconoce a la demandante la categoría de conductora-perceutora, se deja de abonar el plus de actividad complementaria, y se pasa a abonar plus de complemento de percepción y de quebranto de moneda. Se abonan también complementos de mejora voluntaria y beneficios en cuantía variable. **Cuarto.**-En virtud de papeleta presentada el 14/12/2021 se celebró acto de conciliación entre las partes el día 14/01/22 ante el SMAC, sin avenencia respecto de Autocares Rey Varela SL y sin efecto respecto de Autos Carballo SLU por su incomparecencia no obstante su citación en legal forma."

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

"FALLO: Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por Dña. Estela a las empresas Autocares Rey Varela y Autos Carballo SLU, así como FOGASA, y en consecuencia:1.-DECLARO que la antigüedad que corresponde a la actora es la de 15/09/05, con los efectos retributivos inherentes,



CONDENANDO a las empresas demandadas a estar y pasar por dicha declaración.2.-CONDENO a la empresa Autos Carballo SL a abonar a la actora la cantidad de 8.218,26 euros por diferencias salariales por antigüedad correspondientes a 21 mensualidades desde enero de 2021, y pagas extraordinarias de diciembre de 2020, marzo, julio y diciembre de 2021, y marzo y julio de 2022, con la responsabilidad solidaria de la codemandada Autocares Rey Varela SL por la cantidad correspondiente a la paga extraordinaria de diciembre de 2020 devengada en el periodo anterior a la subrogación.3.-Las cantidades objeto de condena habrán de incrementarse con los intereses previstos en el art. 29.3 ET.4.-SE DESESTIMAN las pretensiones formuladas contra el FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad como fondo de garantía ex art. 33 ET.

Dicha Sentencia fue aclarada por Auto de fecha 7 de noviembre de 2022, que contiene la siguiente parte dispositiva:

"SE ACUERDA la rectificación de error material cometido en la sentencia dictada en fecha 10/10/2022, de tal forma que:1.-El último párrafo del Fundamento Tercero queda redactado en los siguientes términos: "La consecuencia de lo anterior ha de ser el incremento del 30% del salario base previsto en el art. 5 del Convenio de aplicación para la antigüedad de 14 años. La repercusión salarial, para el periodo objeto de reclamación, se establece en la cantidad de 4930,95 euros de antigüedad y 1826,28 euros por pagas extraordinarias.

3Respecto de la paga extraordinaria de diciembre de 2020 concurre una responsabilidad solidaria ex art. 44 ET, siendo las restantes cantidades a cargo de la actual empleadora, en función de su fecha de devengo."2.-El punto segundo del fallo queda redactado en los siguientes términos: "CONDENO a la empresa Autos Carballo SL a abonar a la actora la cantidad de 6757,23 euros por diferencias salariales por antigüedad correspondientes a las mensualidades devengadas desde enero de 2021 a agosto de 2022, y pagas extraordinarias de diciembre de 2020, marzo, julio y diciembre de 2021, y marzo y julio de 2022, con la responsabilidad solidaria de la codemandada Autocares Rey Varela SL por la cantidad correspondiente a la paga extraordinaria de diciembre de 2020 devengada en el periodo anterior a la subrogación".

CUARTO.-Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada (AUTOS CARBALLO SLU), siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia de instancia, aclarada por auto de fecha 7 de noviembre de 2022, estima parcialmente la demanda interpuesta por la trabajadora Dña. Estela frente a las empresas Autocares Rey Varela y Autos Carballo SLU, así como frente al FOGASA, declarando: 1.-que la antigüedad que corresponde a la actora es la de 15/09/05, con los efectos retributivos inherentes, CONDENANDO a las empresas demandadas a estar y pasar por dicha declaración. 2.-tras la aclaración de Sentencia, condena a la empresa Autos Carballo SL a abonar a la actora la cantidad de 6.757,23 euros por diferencias salariales por antigüedad correspondientes a las mensualidades devengadas desde enero de 2021 a agosto de 2022, y pagas extraordinarias de diciembre de 2020, marzo, julio y diciembre de 2021, y marzo y julio de 2022, con la responsabilidad solidaria de la codemandada Autocares Rey Varela SL por la cantidad correspondiente a la paga extraordinaria de diciembre de 2020 devengada en el periodo anterior a la subrogación. 3.-Las cantidades objeto de condena habrán de incrementarse con los intereses previstos en el art. 29.3 ET. 4.-SE DESESTIMAN las pretensiones formuladas contra el FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad como fondo de garantía ex art. 33 ET.

Contra este pronunciamiento se alza en Suplicación la representación Letrada de la mercantil AUTOS CARBALLO S.L.U. al objeto de obtener la revocación de la sentencia recurrida, articulando un solo motivo de Suplicación, por el cauce del artículo 193.c) de la LRJS, destinado a examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando la infracción de los artículos 26.5 del ET y de la doctrina unificada del Tribunal Supremo, entre otras sentencia Nº 58/2017, de 25-01-2017, Rec. 2198/2015. Se alega por esta mercantil recurrente que la sentencia dictada incurre en un error al no aplicar la compensación y absorción de salarios entre el complemento de antigüedad que se reconoce y la mejora voluntaria que viene percibiendo la actora. En cambio si lo aplica en relación con los incentivos que se percibían, añadiendo que tal compensación y absorción también debería predicarse de la mejora voluntaria con respecto al complemento personal de antigüedad, de conformidad con el artículo 26. 5 del Estatuto de los Trabajadores, y con la doctrina del Tribunal Supremo (Social), en concreto, la Sentencia ya citada, de 25-01-2017, sec. 1ª, rec. 2198/2015 dictada en unificación de doctrina. Y al amparo de esta doctrina jurisprudencial se estima por la parte recurrente que procede compensar la mejora voluntaria reconocida en las nóminas confeccionadas por AUTOS CARBALLO, S.L. con el complemento de antigüedad previsto en el Convenio de transporte de viaxeiros en autobús por estrada da provincia da Coruña, toda vez que concurre la homogeneidad -posibilitadora de la absorción/compensación - entre complementos de la misma naturaleza personal.

Dicho recurso ha sido impugnado por la representación de la trabajadora demandante Don Estela, alegando que la compensación/absorción de la antigüedad no fue alegada ni en la contestación a la demanda ni en ningún acto del enjuicio, por lo que constituye un hecho nuevo, solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la Sentencia recurrida en todos sus extremos, así como a la condena en costas.

SEGUNDO.-El recurso de la mercantil recurrente no puede prosperar, por cuanto la alegación de la compensación/absorción en este trámite de suplicación constituye una cuestión nueva, planteada por primera vez en este trámite de Suplicación, razón por la que no resulta factible, so pena de generar una efectiva indefensión en la parte contraria, prohibida por el artículo 24 de la Constitución.

En efecto, lo ahora alegado no consta que lo haya sido ni en la contestación a la demanda, ni en momento posterior, ni tampoco en la celebración del acto de juicio oral, no habiendo sido objeto de debate por las partes ni resuelto por el Magistrado a quo, por lo que su planteamiento en vía de recurso es una cuestión nueva que no puede admitirse, ya que, según reiterada jurisprudencia, las cuestiones nuevas no tienen cabida en los recursos de suplicación y/o casación, y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dichos recursos y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, y tal conducta procesal está proscribida.

El concepto de «cuestión nueva» de diseño jurisprudencial, se estableció para prohibir en sede de recurso extraordinario, la introducción como objeto del proceso de aquellas cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que pudiendo ser discutidas sólo a instancia de parte no fueron, sin embargo, planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida. Y ello con fundamento, tanto en la naturaleza extraordinaria y revisora de dicho recurso que requiere, para evitar convertirlo en una segunda instancia, que las infracciones alegadas en él hayan de guardar armónica y debida conexión con las formuladas en demanda y contestación, como en las exigencias derivadas de los principios de preclusión, lealtad y buena fe procesal, igualdad de las partes y derecho de defensa que obligan a proscribir, toda «falta de identidad entre las alegaciones de la demanda y del recurso impugnatorio subsiguiente que pueda producir indefensión a la otra parte procesal». En definitiva, no pueden ser examinadas en suplicación todas aquellas cuestiones que, ínsitas en el poder de disposición de las partes, no fueron propuestas por éstas en la instancia, pero por el contrario, sí pueden ser alegadas aquellas cuestiones que, por ser de orden público, pueden ser apreciadas de oficio por el Tribunal sin necesidad de alegación por ninguna de las partes.

Por lo tanto, como señala la sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 2017, *"ha de estarse al criterio unificador que concluye la imposibilidad de examinar planteamientos de esa naturaleza. Así, entre otras, en sentencia del Tribunal Supremo de fecha veintidós de septiembre de 2014 (rec. 4417/2014) se expresa: "...una cuestión nueva de inaceptable propuesta, tanto por aplicación del principio de justicia rogada -epígrafe VI de la EM de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892); art. 216 del mismo cuerpo legal-, cuanto por el carácter extraordinario del recurso de casación, como por la garantía de defensa de las partes (recientes, SSTs 19/02/09 (RJ 2009, 1594) -rcud 2748/07-; 18/06/12 (RJ 2012, 8731) -rco 221/10-; y 06/02/14 (RJ 2014, 944) -rco 261/11-)"*.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de suplicación, y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

TERCERO.-Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 750 euros en concepto de honorarios de la Letrada de la parte impugnante (art. 235 de la LRJS). Por todo ello:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de la mercantil AUTOS CARBALLO S.L.U., contra la sentencia del Juzgado de lo Social NÚM. DOS de los de A Coruña, de fecha 10 de octubre de 2022, dictada en autos 397/2022, seguidos a instancia de la trabajadora demandante DOÑA Estela, sobre reclamación de cantidad, frente a la empresa recurrente y también frente Autocares Rey Varela, así como frente al FOGASA, confirmamos en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito necesario constituido por la empresa para recurrir, al que se dará el destino legal, una vez haya adquirido firmeza la presente resolución; manteniéndose el aseguramiento prestado, y la

imposición de costas a la citada recurrente que incluirá los honorarios de la Sra. Letrada de la demandante impugnante del recurso, en la cantidad de 750 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 **0000 80 ó 37**** ++**).

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

En A CORUÑA, a cuatro de septiembre de dos mil veinticuatro.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.