



Roj: **STSJ PV 3267/2015 - ECLI: ES:TSJPV:2015:3267**

Id Cendoj: **48020340012015101883**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2015**

Nº de Recurso: **1678/2015**

Nº de Resolución: **1922/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1678/2015

N.I.G. P.V. 20.05.4-14/004332

N.I.G. CGPJ 20.053.44.2-0140/004332

SENTENCIA Nº: 1922/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 13 de Octubre de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, 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 Agapito , JARDINERIA ADAXKA, S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 5 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 16 de Marzo de 2015 , dictada en proceso sobre DSP, y entablado por el hoy recurrentefrente a **API MOVILIDAD S.A., CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.A., DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA, JARDINERIA ADAXKA S.L., MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A., SERKOM GESTION Y SERVICIOS GRUPO MOYUA S.L., UTE DONOSTIALDEA 2010 y UTE DONOSTIALDEA 2014 .**

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, 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.- El demandante ha venido prestando sus servicios para la empresa JARDINERIA ADAXKA SL, con la categoría profesional de auxiliar, antigüedad desde el día 13/05/2013 y percibiendo un salario de 1.575,96€ mes con la inclusión de la prorrata de pagas extras.

La relación se formalizó mediante un contrato temporal para obra o servicio de terminado, en el cual se fijaba como objeto de el mismo: " la realización dela obra o servicios trabajos de mantenimiento de verdes en las carreteras de Gipuzkoa A 15, N 121, N 638, N1, N634, GI 41, GI11, GI 20, GI 21.



SEGUNDO.- la UTE DONOSTIALDEA 2010, compuesta por las empresas CAMPEZO DE OBRAS Y SERVICIOS SA, API MOVILIDAD SA resultó ser la empresa adjudicataria por al Diputación Foral de la contrata de servicios de ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las carreteras de la red de interés preferente y básica de la comarca de DONOSTIALDEA y Bidasoaldea (zona DB) del Territorio Histórico de Gipuzkoa, licitado por la Diputación Foral de Gipuzkoa. Esta UTE subcontrató con la empresa demandada JARDINERIA ADAXKA SL la realización de trabajo concretos en los que prestó servicios el demandante.

TERCERO.- Con fecha de 31/10/2014 finaliza la contrata señalada con anterioridad y con fecha de 0/11/2014 la UTE DONOSTIALDEA 2014 formada por las empresas MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS SA, SERKOM GESTIÓN Y SERVICIOS GRUPO MOYUA SL se adjudicó la contrata de servicios de ejecución de diversas operaciones de conservación de las carreteras de la red de interés preferente y básica y de las vías ciclistas de las comarcas de Donostialdea y Bidasoaldea (zona BD) de la provincia de Gipuzkoa , licitado por la Diputación Foral.

CUARTO. - Con fecha 31/10/2014 JARDINERIA ADAXKA SL comunica a el demandante la finalización de forma verbal de la relación laboral como consecuencia de la subrogación de su contrato de trabajo por la nueva adjudicataria de la contrata administrativa que hasta esa momento ostentaba UTE DONOSTIALDEA 2010.

QUINTO. - Consta en autos, como documento 1 de el ramo de prueba de la empresa DONOSTIALDEA 2014, pliego de prescripciones técnicas en el que en el anexo 3.4 se recoge el denominado listado blanco de personal subrogable en el que se recoge una lista de trabajadores entre los que no figura ninguna con la antigüedad y características de el demandante en cuanto al trabajo a realizar.

SEXTO. - Con fecha 3/11/2014 el demandante, junto con otros 10 compañeros también despedidos de la empresa jardinería ADAXKA SL, acuden a trabajar, y una vez en el lugar de trabajo la dirección de la UTE DONOSTIALDEA 2014 les insta a abandonar el lugar de trabajo.

SÉPTIMO.- Consta en autos como documento 8 del ramo de la prueba de la UTE DONOSTIALDEA 2014, contratos suscritos entre UTE GOIERRIALDEA 2010 y la empresa JARDINERIA ADAXKA SL entre agosto de 2006 y septiembre de 2013 para la realización de trabajos de segado, desbroce, recogida de basuras y restos y limpieza de cunetas, en los que intervino según los listados adjuntos el demandante, así como las facturas emitidas por JARDINERIA ADAXKA SL a UTE GOIERRIALDEA 2010 desde el 15 de junio de 2012 hasta el 15 de septiembre de 2013 por los trabajos de despeje de vegetación, desbroce y recogida de basuras en al N1, A15 y enlaces fundamentalmente.

OCTAVO.- El demandante no ostenta la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

NOVENO.- Se ha acreditado al celebración del intento de conciliación".

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

"Que debo **estimar** la demanda promovida por Agapito frente a JARDINERIA ADAXKA SL, y declarando su despido como improcedente, condeno a la demandada a que opte en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia entre la readmisión del demandante o el abono de la indemnización de 2.600,23 €, con pago, en el caso de que opte por la readmisión, de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia".

TERCERO.- Contra dicha sentencia han formalizado recurso de suplicación tanto la parte demandante como Jardinería Adaxka SL (que acreditó el depósito de 300 euros y aportó aval bancario asegurando el importe de la indemnización por la que había optado), siendo impugnado el primero por el resto de demandados, salvo la Diputación Foral de Gipuzkoa en dos escritos respectivamente encabezados por cada una de las UTE demandadas y sus integrantes, en tanto que el recurso empresarial se ha impugnado únicamente por UTE Donostialdea 2014 y sus integrantes.

CUARTO.- El 18 de septiembre de 2015 se han recibido las actuaciones en esta Sala, deliberándose los recursos el 6 de octubre siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tanto D. Agapito como Jardinería Adaxka SL recurren en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Donostia/San Sebastián, de 16 de marzo del año en curso, que estimando en parte la demanda interpuesta por el primero el 11 de diciembre de 2014, ha declarado que ha sido objeto de un despido improcedente el 1 de noviembre de ese año, atribuyendo la responsabilidad a dicha sociedad, a la que condenaba a readmitirle y pagarle los salarios de tramitación, salvo que optara por indemnizarle con 2.600,23 euros (como ésta eligió), absolviendo de responsabilidad en el mismo tanto a la nueva contratista del



servicio de conservación y explotación de las carreteras de la red de interés preferente y básica de las comarcas de Donostialdea y Bidasoaldea del territorio histórico de Gipuzkoa (la UTE Donostialdea 2014, integrada por Mantenimiento de Infraestructuras SA y Serkom, Gestión y Servicios Grupo Moyúa, SL), como la contratista saliente (UTE Donostialdea 2010, integrada por Api Movilidad SA y Campezo de Obras y Servicios SA).

Ambos recursos combaten únicamente el pronunciamiento sobre el sujeto responsable de dicho despido, coincidiendo en considerar que debe ser la UTE Donostialdea 2014 y sus sociedades integrantes, absolviendo de responsabilidad a Jardinería Adaxka SL (subcontratista del servicio de jardinería en la contrata saliente), para lo que aducen tres títulos jurídicos distintos, cuya infracción acusan: 1) la condición de sucesora de empresa de dicha UTE ex art. 44 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET); 2) el deber de subrogación contemplado en el art. 43 del convenio colectivo estatal para las empresas de jardinería; 3) el deber de subrogación dispuesto en las cláusulas 15 y 42 del pliego de condiciones administrativas de la contrata. El recurso del demandante plantea, con carácter instrumental, una ampliación del hecho probado primero, a fin de que conste que desde el inicio de su contratación ha prestado servicios de forma exclusiva e ininterrumpida en la referida contrata, según se acredita por el contrato de trabajo suscrito con Jardinería Adaxka SL el 13 de mayo de 2013 aportado como documento nº 2 de su prueba.

Ambos recursos han sido impugnados por dicha UTE (y sus sociedades integrantes), que asume las razones del Juzgado. UTE Donostialdea 2010 (y sus sociedades que la forman), por su parte, ha impugnado el recurso del demandante, aunque únicamente lo hace para salir al paso de una alegación insinuada por éste, en el recurso, como es la relativa a un incumplimiento suyo de deberes documentales dispuestos en citado precepto del convenio colectivo.

La Sala ha tenido ocasión ya de resolver recursos planteados en litigios promovidos por otros tres de los once trabajadores afectados por decisiones extintivas similares, habiéndolos resuelto en un mismo sentido, tras fijar criterio en pleno no jurisdiccional, consistente en atribuir la responsabilidad del despido a la UTE Donostialdea 2014 y sus sociedades integrantes, absolviendo de ello a Jardinería Adaxka SL (sentencias de 15 -2 - y 22 de septiembre de 2015, recs. 1392/2015, 1480/2015 y 1551/2015), sin que existan razones para que en el presente caso nos apartemos de esos precedentes, los cuales, por conocidos para las empresas afectadas, nos llevan ahora a resumir las razones que nos han llevado a esa conclusión, que son las de considerar que dos de los tres títulos jurídicos invocados por los recurrentes conducen a esa solución (el deber de subrogación fijado en el convenio colectivo y el establecido en el pliego de condiciones), aunque no el tercero (la existencia de un supuesto de sucesión empresarial).

Explicamos, diferenciadamente el fundamento de cada una de esas tres conclusiones (que en algún caso se aparta de los razonamientos efectuados en esos precedentes), no sin antes indicar: 1) que la Sala no asume la ampliación del hecho probado primero propuesta por el demandante, dado que la prueba documental que se invoca no lo revela inequívocamente y, por lo demás, se deduce así del inciso final del hecho probado segundo, en donde se indica que el demandante prestó sus servicios en la subcontrata asumida por Jardinería Adaxka SL; 2) que el elemento singular que convierte este caso en peculiar proviene de que Jardinería Adaxka SL ha intervenido en las labores de la contrata asumida por UTE Donostialdea 2010 debido a esa subcontratación de trabajos de jardinería que contenía la contrata administrativa (que ésta posibilitaba).

SEGUNDO.- Hemos anticipado que UTE Donostialdea 2014 no estaba obligada a subrogarse en el contrato de trabajo del demandante, al amparo del art. 44 ET, dado que no cabe calificarla como sucesora de Jardinería Adaxka SL.

Los recurrentes sostienen que sí reúne esa condición, dado que estamos en un caso de sucesión de plantillas, al ser la mano de obra el elemento fundamental de esas labores subcontratadas y haber asumido UTE Donostialdea 2014 a la mayor parte de quienes trabajaban en la contrata saliente. Incurre, a nuestro juicio, en varios errores.

El primero (y suficiente por sí mismo para obstar a la aplicación del deber de subrogación ex art. 44 ET), que los hechos probados de la sentencia recurrida no recogen los medios con que se desarrollaban las tareas de jardinería subcontratadas, sin que tampoco podamos deducir, por notoriedad, que no se empleaban medios materiales relevantes. Así, de poder extraer ese conocimiento bajo ese título, hay que llegar justamente a la conclusión contraria, ya que es habitual en las carreteras encontrarse con operarios que realizan esa tarea de desbroce de cunetas y desde luego lo hacen con el auxilio de máquinas desbrozadoras, sierras eléctricas, etc.

A ello se añaden otros dos que, en realidad, se neutralizan mutuamente: a) el análisis de concurrencia del supuesto sucesorio ha de hacerse desde la exclusiva vertiente de esas labores subcontratadas y no desde el global de la contrata; b) dado que, como luego veremos, sí existe deber de subrogación vía convenio colectivo y vía pliego de condiciones, poco importa que, de hecho, UTE Donostialdea 2014 no haya asumido a ninguno de los trabajadores de Jardinería Adaxka SL. Con ello ponemos en relieve que la única razón que determina que



no concurra el supuesto sucesorio de art. 44 ET es que no se ha acreditado que la referida UTE haya asumido los significativos medios materiales con que Jardinería Adaxka SL venía realizando las tareas subcontratadas.

TERCERO.- Sin embargo, sí concurre ese deber de subrogación al amparo del art. 43 del convenio colectivo estatal de jardinería 2013/2014 (BOE del 20-JI-13), como acertadamente lo defienden ambos recurrentes.

El Juzgado niega tal deber en base a que dicho precepto no contempla que alcance a los trabajadores de las empresas subcontratistas del servicio empleados en éste. UTE Donostialdea 2014 sostiene que ese convenio no se le aplica, ya que es una empresa del sector de construcción, sin que tampoco sea de aplicación el apartado 3 del art. 43.

La Sala no comparte estas posiciones, razonando separadamente sobre el doble argumento.

Así, respecto al primero de ellos, basta con reproducir el art. 2 del mismo, destinado a recoger su ámbito funcional, lo que hace en los siguientes términos: " *El presente convenio será de aplicación y obligará a todas aquellas empresas que se dediquen a la realización, diseño, conservación y mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades, ya sean públicas o privadas, así como aquellas empresas que con independencia de las distintas actividades que pudieran desarrollar, realicen trabajos propios de diseño, construcción, conservación y/o mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades.*" Por tanto, también alcanza a empresas de otros sectores laborales, en tanto que lleven a cabo trabajos, entre otros, de conservación y mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades, cual es el caso de las labores de desbrozado y limpieza de cunetas, que se ha venido desarrollando de manera específica por una empresa de jardinería y, tras la nueva contrata, asume su realización directamente la citada UTE.

Respecto al segundo, claro es que el art. 43.3 no es la norma que establece ese deber, sino su apartado 1, del que conviene reproducir sus cuatro primeros párrafos, incluido su rótulo: "1.- *Subrogación del personal.*

Al objeto de contribuir y garantizar el principio de estabilidad en el empleo, la absorción del personal entre quienes se sucedan, mediante cualesquiera de las modalidades de contratación de gestión de servicios públicos, contratos de arrendamientos de servicios, o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del artículo del presente Convenio, se llevará a cabo en los términos indicados en el presente artículo.

En lo sucesivo, el término contrata se entiende como el conjunto de medios organizados (fundamentalmente mano de obra) con el fin de llevar a cabo una actividad económica de las definidas dentro del ámbito funcional del Convenio, ya fuere esencial o accesorio, que mantiene su identidad con independencia del adjudicatario del servicio.

En este sentido, engloba con carácter genérico cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, excepto cuando el usuario final sea particular y destinado a su uso privativo y residencial, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad, administración pública u organismo público fundamentalmente, siendo aplicable la subrogación aún en el supuesto de reversión de contrata a cualquiera de las Administraciones Públicas.

A) En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión o rescate de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución entre entidades, personas físicas o jurídicas que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores/as de la empresa saliente pasarán a adscribirse a la nueva empresa o entidad pública que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones económicos, sociales, sindicales y personales que disfruten en la empresa sustituida."

Bien se ve que la subrogación opera cualquiera que haya sido la modalidad que suponga la sustitución entre entidades que lleven a cabo la actividad y, por ello, también alcanza a casos, como el de autos, en que la labor se llevaba a cabo por la sociedad recurrente en base a que la subcontrató a la anterior adjudicataria del servicio, siendo ahora la nueva quien la lleva a cabo. Conclusión acorde, por lo demás, con el principio de estabilidad en el empleo que constituye la finalidad de este deber, así como con el hecho de que la subcontratación de las tareas de jardinería se hicieron al ampro de lo que contemplaba el pliego de condiciones de la contrata del año 2010, sin que el uso de esa facultad pueda llevar consigo la exclusión del deber de subrogación convencional a cuantos trabajadores por cuenta ajena, sean de la empresa contratista o subcontratista, trabajan en la contrata.

CUARTO.- También se da éste con base en la cláusula 42 del pliego de condiciones técnicas y administrativas, en relación con el art. 1281 del Código Civil (CC), aunque no al amparo de su cláusula 15.

En efecto, no es posible bajo este último cobijo ya que el deber de subrogación ahí previsto se refiere a quienes ya venían prestando el servicio en contrata anteriores, lo que no es el caso del demandante, cuya contratación se realizó el 13 de mayo de 2013, cuando ya se había producido la subcontratación de Jardinería Adaxka SL y, por ello, no había sido objeto de previa subrogación.



Sí procede, en cambio, conforme a la cláusula 42, en donde se dispone que *"..a fin de hacer posible la estabilidad de las plantillas del personal, en los contratos de servicios prestados por trabajadores y/o trabajadoras cuyo centro de trabajo sea un centro de la Diputación Foral y respecto de los que exista previsión de sucesivas adjudicaciones, en el supuesto de que se produzca un cambio de empresa adjudicataria, se garantizará por parte de la nueva empresa la subrogación de los trabajadores y/o trabajadoras adscrito/as al contrato existente en el centro de trabajo o unidad productiva autónoma en el momento de cada adjudicación"*, para lo que luego se dice que siempre que hayan realizado su actividad en el centro afectado por la sucesión de contratos durante al menos los cuatro meses últimos.

Cierto es que en el pliego de condiciones técnicas particulares se recoge, igualmente, que el adjudicatario del contrato está obligado a subrogarse en el personal que se describe en el anejo correspondientes, en tática referencia al del anexo 3.4, en cuya relación no figura personal alguno de Jardinería Adaxka SL, pero la omisión de su inclusión no debe impedir que nazca el deber de subrogación bajo este amparo si, como es el caso, resulta indubitado que son trabajadores que han prestado servicios propios de la contrata.

Los recursos, por cuanto se ha expuesto, deben estimarse.

QUINTO.- El éxito de los recursos lleva consigo, como pronunciamientos accesorios: a) la devolución del depósito de trescientos euros a la demandada, una vez sea firme esta resolución (art. 203.1 LJS); b) que llegado ese momento, proceda cancelar el aval bancario constituido (art. 203.1 LJS); c) que no haya condena en costas (art. 235.1 LJS, en sentido contrario)

FALLAMOS

1º) Se estiman los recursos de suplicación interpuestos por la representación legal de D. Agapito y Jardinerías Adaxka SL contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Donostia/San Sebastián, de 16 de marzo de 2015, dictada en sus autos nº 883/2014, seguidos a instancias del primero de ellos, frente a la segunda, UTE Donostialdea 2014 (Mantenimiento de Infraestructuras SA y Serkom Gestión y Servicios Grupo Moyua SL), UTE Donostialdea 2010 (Api Movilidad SA y Campezo Obras y Servicios SA) y la Diputación Foral de Gipuzkoa, sobre despido; en consecuencia, con revocación parcial de su pronunciamiento, lo confirmamos salvo para establecer que el único empresario responsable del despido es UTE Donostialdea 2014 (Mantenimiento de Infraestructuras SA y Serkom Gestión y Servicios Grupo Moyua SL), que dispone de cinco días, desde la notificación de esta resolución, para elegir entre readmitirle y pagarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia, o indemnizarle con 2.600,23 euros.

2º) Una vez firme esta resolución, devuélvase a Jardinerías Adaxka SL el depósito de trescientos euros y cancélese el aval bancario constituido. Sin costas.

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 Ilmo. Sr. Magistrado 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.

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 4699-0000-66-1678-15.

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 4699-0000-66-1678-15.

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 regimen 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 CEN