



Roj: **STSJ PV 3015/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:3015**

Id Cendoj: **48020340012015101658**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **29/09/2015**

Nº de Recurso: **1452/2015**

Nº de Resolución: **1753/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1452/2015

N.I.G. P.V. 20.05.4-14/004313

N.I.G. CGPJ 20.053.44.2-0140/004313

SENTENCIA Nº: 1753/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 29/9/2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los lltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON 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 UTE DONOSTIALDEA 2014 contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 13 de Abril de 2015 , dictada en proceso sobre Despido, y entablado por Simón frente a **API MOVILIDAD S.A., CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.A., DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA, JARDINERIA ADAXKA S.L., MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A. MATINSA, SERKOM GESTION Y SERVICIOS GRUPO MOYUA S.L., U.T.E. DONOSTIALDEA 2010 y UTE DONOSTIALDEA 2014 .**

Es Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON 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.- El demandante, D. Simón , mayor de edad y cuyas circunstancias personales obran en el encabezamiento de la demanda, ha venido trabajando por cuenta y orden de la codemandada JARDINERÍA ADAXKA S.L., con la categoría de Auxiliar, antigüedad de 08/02/2008 y percibiendo un salario de 1.815,50 euros mensuales con inclusión de la prorrata de pagas extras. Siendo aplicable a la relación laboral el Convenio colectivo de Jardinería.

SEGUNDO.- En fecha 23/6/2010 la Diputación Foral de Gipuzkoa adjudicó a Unión Temporal de Empresas constituida por Campezo Construcción SAU y API Movilidad S.A. el contrato de servicios 2-o-2/2010, cuyo



objeto era "la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las carreteras de interés preferentes y básica de las comarcas de Donostialdea y Bidasoaldea (Zona DB) del Territorio Histórico de Gipuzkoa" (BOG de 14/7/2010). Obra el pliego de cláusulas administrativas particulares del objeto del contrato de adjudicación (folios 138 y ss), y el mismo preveía una cláusula de subrogación, y permitía un porcentaje máximo de subcontratación del 50%, dándose su contenido por reproducido. Obra el pliego de condiciones técnicas particulares para la ejecución.

TERCERO.- En fecha 7/7/2010 se formalizó el contrato administrativo de servicios entre la Diputación Foral de Gipuzkoa y UTE DONOSTIALDEA 2010 (F. 162).

CUARTO.- En fecha 8/7/2010 UTE DONOSTIALDEA 2010 y JARDINERÍA ADAXKA S.L. firmaron un contrato por el que esta última, como subcontratista, y con motivo de la anterior adjudicación aceptó la ejecución de los trabajos encomendados, según presupuesto que acompaña consistentes en desbroce y limpieza cunetas (folio 165 y ss.).

En la cláusula novena de dicho contrato se hace constar que antes del inicio de los trabajos el subcontratista presentará a la contratista fotocopias de los contratos de trabajo del personal que desarrollará sus funciones en la obra (anexo IX)

Jardinería Adaxka tiene un total de 29 trabajadores en mayo de 2014, en septiembre del mismo año tiene 24 trabajadores conforme los TC2 obrantes en autos, de ellos 11 trabajadores, (entre ellos el actor, al folio 147), quienes han venido realizando en virtud de la subcontratación referidas tareas de acuerdo con un plan anual de trabajo. Constan los partes de trabajo del actor de los meses de abril a octubre de 2014 (folios 224 y siguientes).

El actor ya fue contratado en fecha 08/02/2008 por obra o servicio identificándose en la cláusula sexta como objeto del contrato el desbroce y limpieza de cunetas en carreteras de Guipúzcoa, siendo aplicable el convenio de jardinería convirtiéndose el 18/12/2008 en contrato de relevo 8 f. 1079 y ss).

QUINTO.- En fecha 9/9/2014 el Departamento de Movilidad e infraestructuras viarias de la DFG dictó Orden Foral resolviendo la adjudicación del contrato "Servicios de ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las carreteras de la red de interés preferentes y básica y de las vías ciclistas de la comarca de Donostialdea y Bidasoaldea (Zona DB) del Territorio Histórico de Gipuzkoa, 2-o-3/2014" a la UTE a constituir por las empresas MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS YSERKOM GRUPO MOYUA.

El pliego de prescripciones técnicas particulares para la ejecución del contrato regula en la cláusula 15 el personal subrogable: "el adjudicatario del contrato está obligado a subrogarse en la contratación laboral del personal que formaba parte de las contrataciones anteriores que de forma continuada e ininterrumpida han prestado este servicio". Obra asimismo el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los que se prevé la subrogación y la subcontratación. Al efecto se determina (F. 450) que "a fin de hacer posible la estabilidad de las plantillas de personal, en los contratos de servicios prestados por trabajadores y/o trabajadoras cuyo centro de trabajos 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 las trabajadoras y/o trabajadores adscritos/as al contrato-existent en el centro de trabajo o unidad productiva autónoma en el momento de la adjudicación (ver cláusula 42)". Se prevé un porcentaje máximo de subcontratación del 50%. (F.450).

SEXTO. - En fecha 9/9/2014 se constituyó la UTE DONOSTIALDEA 2014 con motivo de referida adjudicación. En fecha 28/10/2014 la Administración y UTE DONOSTIALDEA 2014 suscribieron el correspondiente contrato administrativo para la ejecución de los servicios y operaciones contenidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas con clave 2-o-3/2014(contrato al folio 413).

SÉPTIMO.- En fecha 25/9/2014 UTE DONOSTIALDEA 2010 dirigió comunicación escrita a UTE DONOSTIALDEA 2014, en el que, le hace entrega de la documentación relativa al personal subrogable, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del ET , art. 27 V del Convenio General de la Construcción 2012-2016, y pliego de cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios adjudicado a la nueva UTE (clave 2-o- 3/2014) con listado del personal adscrito al contrato suscrito por la DFG con UTE DONOSTIALDEA 2010 un total de 35 trabajadores, entre los que no figura el actor. Todos menos Celso fueron subrogados (un total de 34 trabajadores), dirigiendo las correspondientes comunicaciones a los trabajadores adscritos a la anterior contrata, en virtud del artículo 27 del Convenio General del Sector de la Construcción en fecha 28/10/2014, teniendo lugar la subrogación con efectos del 1/11/2014.

OCTAVO.- En fecha 29/10/2014 la empresa JARDINERÍA ADAXKA comunicó al trabajador la extinción de su relación laboral con efectos de 31 de octubre de 2014 como consecuencia de la subrogación de su contrato por la nueva empresa adjudicataria UTE de SERKOM Y MOYUA.



NOVENO.- En fecha 29/10/2014 JARDINERÍA ADAXKA remitió comunicación escrita a las empresa de UTE DONOSTIALDEA 2014, comunicándole que habiendo finalizado la relación del contrato con once de sus trabajadores, en relación con el servicio que venían realizando para UTE DONOSTIALDEA 2010 y al resultar nueva adjudicataria, en cumplimiento del artículo 43 del Convenio Estatal de Jardinería (BOE de 20/7/2013), les comunican la subrogación de referido personal, entre ellos el demandante.

El actor no es ni ha sido en el año anterior representante legal ni sindical de los trabajadores.

DÉCIMO.- En fecha 18/12/2014 tuvo lugar el acto de conciliación con el resultado de sin avenencia."

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

"Que estimando parcialmente la demanda deducida por Simón contra JARDINERÍA ADAXKA S.L., UTE DONOSTIALDEA 2010 (CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS y API MOVILIDAD S.A.), UTE DONOSTIALDEA 2014 (MANTENIMIENTO E INFRAESTRUCTURAS S.A. y SERKON GESTIÓN Y SERVICIOS GRUPO MOYUA S.A.); DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo declarar y declaro la improcedencia del despido del actor realizado con efectos de 01/11/2014 condenando a UTE DONOSTIALDEA 2014 (MANTENIMIENTO E INFRAESTRUCTURAS S.A. y SERKON GESTIÓN Y SERVICIOS GRUPO MOYUA S.A.) a que en el plazo de CINCO días opte, por la readmisión del trabajador en el mismo puesto y condiciones de trabajo que regían antes del día 01/11/2014, con abono en ese caso de los siguientes salarios de tramitación a razón de 60,50euros diarios desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que el actor hubiera encontrado otro empleo si dicha colocación es anterior a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, o por la extinción de la relación contractual en cuyo caso deberá abonarle la suma de 16.441,33 euros en concepto de indemnización, debiendo comunicar al Juzgado en el plazo indicado la opción ejercitada. Sin perjuicio de la responsabilidad legal del FONDO DE GARANTIA SALARIAL. Procede la libre absolución de JARDINERÍA ADAXKA S.L., UTE DONOSTIALDEA 2010 (CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS y API MOVILIDAD S.A.), y DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA".

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por Simón .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución judicial de instancia ha estimado la pretensión del trabajador demandante con categoría profesional de auxiliar de jardinería que ha prestado servicios hasta el 31-10-2014, en la empresarial saliente, siendo que ahora la falta de subrogación de la nueva empresarial entrante provoca su extinción contractual, a pesar de la nueva adjudicación del contrato administrativo de servicios para la conservación y explotación de las carreteras y vías ciclistas de las comarcas de Donostialdea y Bidasoaldea, por cuanto entiende la empresarial entrante que el trabajador, cuyo empresario laboral era Jardinerías Adaxka S.L. subcontratada de la anterior concesionaria, solo se ha hecho cargo de 34 trabajadores, y no de los 10 restantes de esta subcontratada. Para ello, la Juzgadora de instancia aplica un triple título jurídico, el legal, el convencional sectorial y, finalmente, el contractual, apreciando no solo la existencia de una sucesión empresarial como sucesión de plantillas (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores), sino también la cláusula de subrogación obligatoria del art. 43 del Convenio Colectivo Estatal de Jardinería (aún cuando la nueva empresarial entrante dice estar sujeta al Convenio Colectivo de la Construcción de Gipuzkoa). Y, finalmente, admite la obligación recogida en la cláusula 15 del pliego de prescripciones técnicas particulares elaborada por la Diputación Foral de Gipuzkoa.

Disconforme con tal resolución de instancia, la empresarial condenada y responsable, que configuramos como entrante, plantea Recurso de Suplicación invocando hasta 11 motivos de revisión fáctica al amparo del párrafo b) del art. 193 de la LRJS al que se unen 3 motivos jurídicos finales siguiendo el párrafo c) del mismo artículo y texto que pasamos a analizar.

Conviene advertir a las partes que el presente Recurso guarda similitud con los habidos en los Recursos 1287, 1392, 1420, 1451, 1513, 1551/15 y otros, a los que habremos de estar por razones de seguridad y justicia.

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, expuestos 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 delimitar la vida laboral desde febrero de 2008 (objeto de la contratación inicial) con plasmación de la existencia de un contrato de relevo de diciembre de 2008 a 2013 y situaciones de desempleo intermedias no reclamadas, entendiéndose que solo tendría carácter de indefinido desde el 5-10-13, resulta a todas luces innecesario al tratarse de un cuestionamiento jurídico que no empece ninguna de las resultancias fácticas expuestas que atienden a una antigüedad coincidente el 8-2-08. Por lo tanto, deviene inexigible.

La segunda revisión fáctica propone incorporar al hecho probado 2 la matización del pliego de cláusulas administrativas particulares con las tareas y grupos del I al III, intentando observar una trascendencia en las labores referentes al contexto de la adjudicación, que nuevamente resultan inoperantes en el parecer de esta Sala respecto de las actividades de desbroce y limpieza ya conocidas.

La tercera revisión fáctica propone matizar en el hecho probado 4 apartado 2, los trabajos subcontratados y los períodos facturados (desbroces y limpieza de cunetas) para intentar demostrar una falta de permanencia o menor carga de trabajo sin que aparezca el nombre del trabajador en la subrogación convencional, que nuevamente deviene inoperante por cuanto la plasmación de las documentales respecto de la subrogación se encuentra ya recogido de forma suficiente en la resolución judicial de instancia en las distintas facturaciones, trabajos específicos e incluso advertencia de trabajadores.

La cuarta revisión fáctica propone también incorporar al hecho probado 4 una especie de supresión de un período que se dice trabajado de abril a octubre de 2014 para la UTE2010 que deviene igualmente inoperante por cuanto la documental que infiere la recurrente no plasma la identificación de la realidad que pretende incorporar.

La quinta revisión fáctica propone incorporar al hecho probado 5 el pliego de prescripciones técnicas particulares con el contrato administrativo, las cuantías y el coste de personal para observar la incidencia de la jardinería en el total contratado, que deviene a los efectos jurídicos, que posteriormente analizaremos, igualmente inoperante.

La sexta motivación de revisión fáctica propone recoger en el hecho probado 5 nuevas afirmaciones del pliego para observar que no era necesaria la subrogación de jardinería por cuanto no está dicha denominación, lo cual no se infiere del mismo modo de dicho pliego, ni el listado del personal subrogable delimita la cuestión jurídica de fondo.

La séptima revisión fáctica propone añadir al hecho probado 6 las referencias a la contratación administrativa y la subcontratación (máximo del 50%), sin referencias a la subrogación convencional que resulta ser una temática de clara interpretación jurídica que abordaremos en el análisis detallado de su fundamentación.

La octava revisión fáctica propone incorporar al hecho probado 7 un nuevo aspecto de subrogación comunicada por la UTE2010 (solo 35 trabajadores) que ya consta en las afirmaciones fácticas y jurídicas de la instancia, por lo que deviene intrascendente.

La novena revisión fáctica pretende incorporar al hecho probado 8 la carta de la UTE2010 de extinción de la subcontratación y el finiquito, que hace con la Jardinería Adaxka, ya figura en la prestación de servicios estudiada pretendiendo con ello hablar de una inexistente subrogación que deviene inoperante.



La décima revisión fáctica propone incorporar al hecho probado 9 la carta del 3 de noviembre y la denuncia a la Inspección de un trabajador el 5 de noviembre, lo cual tampoco resulta exigible con influencia suficiente para determinar un cambio de criterio judicial.

Finalmente, la última revisión fáctica propone incorporar un nuevo hecho declarado probado en el que se haga mención a los trabajadores de las subcontratas que han prestado servicios para otras empresariales sin llevar a cabo la subrogación pedida, pero dichas afirmaciones no empecen el reconocimiento puntual subjetivo y necesario para con el estudio correspondiente al supuesto de autos, deviniendo igualmente innecesario e inoperante a dichos efectos.

Por todo lo mencionado procede denegar la revisión fáctica propuesta.

TERCERO.- En lo que se refiere a las revisiones jurídicas, 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 la empresarial recurrente invoca en su primera motivación jurídica una infracción de los arts. 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores manifestando que estamos ante un despido verbal el 29 de octubre con efectos del día 31, pretendiendo decir que la empresarial laboral primigenia incurrió en un defecto formal que vició de improcedencia el despido con responsabilidad única y exclusiva de ella, veremos que ciertamente en las resultancias fácticas no se llega a afirmar tajantemente que la notificación se produjese oralmente, debiendo recordar que el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores requiere forma escrita, preceptiva e inexcusable en despidos disciplinarios, cuyas causas han de explicitarse al objeto de que el afectado tenga cumplido conocimiento de ellas y pueda ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, siendo que la notificación que realizó la empresarial laboral Jardinería Adaxka, lo fue por una finalización de la relación y no por un despido disciplinario, manifestando el cambio del sujeto empleador en una novación subjetiva contractual que mantenía su vigencia, por lo que no existe posible invalidación de la decisión empresarial que manifieste un despido improcedente única y exclusivamente de la empresarial Jardinería Adaxka, quedando al margen el posible estudio de la subrogación o su inexistencia, que permitiría el cuestionamiento de fondo y no solo de forma para con la empresarial Jardinería Adaxka S.L.

CUARTO.- Para abordar las dos últimas motivaciones jurídicas que invoca la empresarial recurrente referidas a la sucesión empresarial del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación al art. 5.1 del anexo pliego técnico y clausulado punto 43, por un lado, para finalmente invocar el art. 43 del Convenio Colectivo y los puntos 15 y 42 del clausulado y del pliego administrativo para rebatir la aplicación o no de la sucesión o subrogación contractual expuesta en la instancia, reproduciremos las argumentaciones detalladas que ya han sido invocadas en otros Recursos, y en concreto, en el 1392/15 que reproducimos parcialmente, al contener con exhaustividad todos los razonamientos al caso:

"La inexigibilidad de la obligación de subrogación declarada en la instancia constituye, sin duda, la piedra angular del complejo edificio argumental construido por la UTE recurrente para conseguir su absolución. Con tal designio, traza tres líneas de razonamiento que pasamos a sintetizar.

La inicial, desarrollada en el segundo de los motivos dedicados al examen del derecho aplicado, apunta a la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y se resume en la tesis de que en este caso no concurren los elementos constitutivos de la denominada "sucesión de plantillas", puesto que: a) la actividad objeto de adjudicación administrativa no descansa fundamentalmente en la mano de obra; b) los trabajadores adscritos a la subcontrata no llegaban a la mitad de los que integraban la plantilla de Jardinería Adaxka SL y tampoco representaban un porcentaje significativo del total de los ocupados en la ejecución del contrato administrativo; c) los trabajos de jardinería no eran parte esencial del contrato de servicios; y, d) el actor no estaba integrado en la plantilla de la empresa saliente, y la obligación de subrogación no alcanza a los trabajadores que prestan servicios para una subcontrata de aquella.



La segunda vía de ataque a la sentencia dictada en la instancia se articula en el tercero de los motivos consagrados a la crítica jurídica, en el que se defiende la inaplicabilidad del artículo 43 del Convenio Colectivo nacional de Jardinería, sobre la base de que tanto la anterior adjudicataria como la actual están sometidas al convenio colectivo provincial de la construcción de Gipuzkoa (BOG 31-8-07), sin que su actividad encuentre encaje en el ámbito funcional de aplicación de la norma sectorial estatal. A mayor abundamiento, la recurrente señala que la referida cláusula convencional regula los supuestos de asunción y pérdida de contratos, no entrando en juego respecto de aquellos trabajadores que desempeñan sus funciones en régimen de subcontratación.

Como tercer frente discursivo, el letrado de la UTE sostiene, en ese mismo motivo, que la resolución judicial infringe, por aplicación indebida, lo establecido en las cláusulas 15 y 42 del Pliego de Prescripciones Técnicas y, por inaplicación, la cláusula 43 de ese mismo Pliego. Su alegato consiste básicamente en que la obligación de subrogación establecida en la cláusula 15 alcanza al personal de la anterior adjudicataria, pero no al de la subcontratista, como lo confirma el contenido del apartado 6 del Pliego, el listado de personal subrogable del punto 3.4 del Anexo I, y la relación de trabajadores remitida por la UTE saliente. Añade que otra interpretación transformaría en letra muerta la posibilidad de subcontratación contemplada en la cláusula 43, imponiendo al nuevo adjudicatario la carga de asumir a los trabajadores subcontratados.

Esta batería argumental se intenta reforzar con varios motivos dirigidos a revisar la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia ¿ los numerados como segundo a octavo ¿ tendentes a alcanzar las finalidades que seguidamente se especifican, y a los que se da respuesta en la forma que igualmente se expresa.

1º) Completar la redacción de los hechos probados segundo y tercero, a fin de dar noticia de las tareas correspondientes a cada uno de los Grupos contemplados en el Pliego de Cláusulas Administrativas.

Esta modificación resulta manifiestamente improcedente, desde el momento en que en el hecho probado tercero se tiene por reproducido el expresado pliego, lo que significa que esta Sala puede examinarlo y valorarlo en su integridad, sin necesidad de sujetarse a la versión parcial que ofrece la UTE recurrente que, además, incorpora determinadas consideraciones que no figuran en el documento designado, como que el criterio utilizado para la clasificación de las labores a ejecutar era el de su importancia relativa

2º) Ampliar el cuarto de los hechos declarados probados con los datos atinentes a la distribución temporal de los trabajos de segado, desbroce, y limpieza de cunetas y medianas en los años 2010 y 2011, y con las cifras de facturación por los trabajos subcontratados en los meses de marzo a octubre de 2014.

En lo que respecta al primer extremo, la propuesta resulta inadmisibles, pues la recurrente, en el texto que facilita, olvida la segunda campaña de segado y desbroce consignada en el planning anual que invoca. Además, en el último párrafo del fundamento de derecho cuarto de la sentencia, se sostiene, con indudable valor fáctico, al ir acompañado tal afirmación de los medios de prueba que la sustentan que el actor trabajaba de forma continuada todo el año, y no estacionalmente, en la obra objeto de la contrata; aseveración que no ha sido cuestionada por la recurrente por el único cauce idóneo, por lo que debe tenerse por cierta.

Tampoco podemos aceptar axiomáticamente, como alega la parte recurrente, que las únicas facturas emitidas por Jardinería Adaxka SL en el año 2014 por los trabajos realizados a favor de UTE Donostialde 2010 sean las que figuran en los folios que indica. De hecho, como señala el trabajador recurrido, en los autos tramitados por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Donostia con el núm. 858/14 de los que conoce esta Sala en trámite de recurso, figuran incorporadas varias facturas expedidas en ese ejercicio distintas de las citadas en este motivo, sin que quepa descartar la existencia de más.

3º) Suprimir del numeral cuarto la frase "constan los partes de trabajo de los meses de abril a octubre de 2014 (folios 918 y siguientes)". La UTE basa su petición en la consideración de que lo que figura en esos folios no son verdaderos partes de trabajo, sino hojas manuscritas sin sello ni firma identificativa, confeccionadas a efectos de su presentación en el presente pleito.

La Sala tampoco puede acoger la rectificación que se insta, pues al valorar la fuerza de convicción de las hojas en cuestión - en las que frente a lo indicado en el recurso sí se consigna el nombre del actor y las carreteras donde desarrollaba su labor cada día -, la juzgadora ha tenido en cuenta el resto de la prueba practicada, y, en particular, el testimonio del responsable de proyectos y obras de las Diputación Foral, llegando a la conclusión, recogida en el párrafo último del fundamento de derecho cuarto, que el demandante trabajaba en los tramos objeto de la contrata adjudicada a UTE Donostialdea de manera continuada durante todo el año, sin perjuicio de que, de forma ocasional, realizase otro tipo de tareas para UTES que tenían adjudicados otros tramos de carreteras (como la UTE Gorrialdea para la que en el año 2013 trabajó un número de horas variables durante varios meses, hasta noviembre). Pues bien, firme esa conclusión probatoria, la mutación que se insta



carecería de incidencia para la resolución del recurso, pues lo decisivo a tal fin es que el actor estaba adscrito de manera permanente a la realización de las labores subcontratadas por UTE Donsostialdea 2010.

4º) Agregar un nuevo párrafo en el ordinal quinto del apartado histórico destinado a plasmar el presupuesto establecido en el Pliego de prescripciones técnicas para la ejecución de la nueva contrata, la oferta presentada por la UTE en el contrato administrativo suscrito el 28 de octubre de 2014, y el coste total anual del personal que le corresponde asumir, de los que se desprende que para 2015 (único año completo) la cantidad presupuestada ascendía a 5.468.209,86 euros, el precio fijado en el contrato a 5.005.407, IVA incluido, y los gastos de personal a 1.559.558,39 euros.

Para la parte recurrente, la incidencia del coste de la mano de obra en el conjunto de la adjudicación administrativa (28,52 % según el pliego o 31,15 % conforme al contrato) es absolutamente trascendente para e poder determinar si concurren o no los requisitos para que proceda la subrogación de unos trabajadores que no perteneciendo a la plantilla de la adjudicataria saliente prestaban servicios en régimen de subcontratación.

La adición resulta claramente inocua para alterar el sentido del fallo, pues aun siendo ciertos los datos alegados, en modo alguno tienen relevancia para limitar el alcance de la subrogación, máxime cuando el porcentaje expresado, o el superior que derivaría de la incorporación de los trabajadores dedicados a la actividad de jardinería - que no se especifica -, no permiten, por sí solos, obtener una idea de los márgenes de beneficio de la nueva adjudicataria que, además, está facultada para subcontratar parte del servicio, siendo en tal caso la subcontratista la que tendría que hacer frente a las correspondientes gastos de personal. Por todo ello, la pretensión modificativa está condenada al fracaso.

5º) Incluir tres nuevos párrafos en el hecho probado quinto en los que se exponga: a) el contenido del apartado 6 y del punto 5.1 del Anejo III del pliego de prescripciones técnicas particulares para la adjudicación del año 2014, a lo que no se puede acceder pues la relación del personal mínimo obligatorio que debía prestar servicios con dedicación exclusiva en el grupo I no procura información útil para la decisión del litigio, pues la exigencia de una plantilla mínima para efectuar los trabajos de ese grupo, no excluye que la empresa tenga que contar con otros trabajadores del grupo II, en el que se encuadran los trabajos de jardinería, en el caso de que decida gestionar directamente estas tareas, en lugar de recurrir a la subcontratación como hizo su predecesora; b) por el contrario, sí la aporta, por lo que procede su introducción, el hecho de que en la relación de personal a subrogar del Anejo 3.4, al que remite la cláusula 15, únicamente figurasen los 34 trabajadores pertenecientes a la plantilla de la saliente. Sin perjuicio de la interpretación que de la citada cláusula ha hecho la juez "a quo" en el último párrafo del fundamento de derecho quinto de su sentencia, su adecuada exégesis exige tener en cuenta el dato cuya inserción se interesa, que no ha sido tenido en cuenta, al menos de forma explícita, por la Magistrada de instancia, sin perjuicio de la valoración que finalmente merezca.

6º) Dejar constancia en el hecho probado sexto de un doble extremo; de un lado, de lo estipulado en la cláusula tercera del contrato administrativo suscrito el 28 de octubre de 2014 en materia de personal, pretensión que no se puede atender, por su patente intrascendencia, pues el hecho de que la adjudicataria asuma determinados compromisos durante la vigencia del contrato no condiciona ni prejuzga en modo alguno el alcance del deber de subrogación, que es algo previo; de otro, que en el nuevo pliego de prescripciones técnicas estaba prevista la posibilidad de subcontratación con terceros para la realización parcial de la prestación, habiéndose fijado como límite porcentual el 50 %, lo que se acoge al poner de manifiesto que la facultad de subcontratación estaba configurada en los mismos términos que en el pliego del año 2010.

7º) Complementar el hecho probado octavo con el contenido del apartado 5 de la cláusula 42 del pliego de prescripciones técnicas particulares para el año 2014 relativa a las obligaciones documentales de la empresa cesante en orden a la subrogación y sobre las obligaciones informativas del Gobierno Foral a esos mismos efectos, adición que debe alcanzar éxito por cuanto la veracidad de las estipulaciones cuya inclusión se insta se desprende directamente de la documentación alegada, sin que, "prima facie", resulte irrelevante para la decisión del recurso.

Pasando al plano jurídico, el problema que se plantea consiste en establecer el alcance de la obligación de subrogación que pesa sobre la UTE Donostialdea 2014 como consecuencia de haberse hecho cargo, a partir del 1 de noviembre de 2014, de la ejecución de las operaciones de conservación y explotación de las carreteras y vías ciclistas de las comarcas de Donostialdea y Bidasoaldea, dependientes de la Diputación Foral de Gipuzkoa, esto es, si como entiende la entidad recurrente, tal deber ha de quedar circunscrito a los trabajadores que prestaban servicios directamente para la anterior adjudicataria, o si, por el contrario, como mantiene la juzgadora de instancia, alcanza a los empleados que venían desarrollando parte de las operaciones objeto del contrato administrativo ¿ las de desbroce y limpieza de las cunetas - en régimen de subcontratación.

Para la adecuada confrontación de las dos tesis en pugna debemos partir de varias premisas fácticas. La primera, indiscutida, que la Diputación Foral de Gipuzkoa saca periódicamente a concurso las tareas de conservación



y explotación de las carreteras que conforman la red viaria a su cargo, adjudicando los diferentes tramos a las empresas que presentan mejores condiciones técnicas y económicas. La segunda, que tampoco resulta polémica, que en junio de 2010, tal Administración encomendó la realización de dichas labores en las carreteras de las comarcas de Donostialdea y Bidasoaldea a UTE Donostialdea 2010, con la que el 7 de julio formalizó el correspondiente contrato administrativo. Por su parte, la concesionaria, el día siguiente a la firma del contrato, subcontrató a Jardinería Adaxka SL la ejecución de los trabajos de desbroce y limpieza de las cunetas. Esta empresa, y con ello pasamos a la tercera premisa, tenía once trabajadores, entre los que figuraba el que ahora es parte recurrida, dedicados, de forma casi exclusiva, a la realización de las labores subcontratadas por UTE Donostialdea, sin perjuicio de que, de manera ocasional, efectuasen, fuera de ese ámbito, algún cometido esporádico.

Un cuarto presupuesto, también admitido por los litigantes, es que el citado contrato administrativo finalizó el 31 de octubre de 2014 y que tres días antes, la Diputación concertó otro, con igual objeto y abarcando el mismo tipo de operaciones que el precedente, incluida la de desbroce y limpieza de las cunetas, y en similares términos.

Tampoco resulta cuestionado, al margen de la interpretación que merezca la cláusula 15 del pliego de prescripciones técnicas particulares, sobre la que las partes discrepan, y esta sería el quinto antecedente histórico de interés, que los empleados de Jardinería Adaxka SL no figuraban entre el personal a subrogar expresamente relacionado en el pliego.

La sexta premisa, igualmente pacífica, tiene que ver con el hecho de que la nueva adjudicataria se hizo cargo del personal que prestaba servicios en la UTE que le precedió, pero no de la plantilla de la subcontratista.

Finalmente, no hay que olvidar que en el presente litigio no se ha alegado ni acreditado que la actual adjudicataria haya contratado personal de nuevo ingreso, o haya destinado a operarios en los que se ha subrogado, a realizar tareas de desbroce y limpieza de las cunetas. Ni siquiera consta que en los tres meses y medio que mediaron entre la asunción del encargo y la vista, celebrada el 20 de marzo de 2015, se llegasen a efectuar labores de esa índole, lo que podría encontrar una explicación plausible en la pendencia de los litigios promovidos por los empleados de Jardinería Adaxka SL, y en las menores necesidades de esa clase de labores en la temporada invernal. Así vendría a confirmarlo el hecho de que el odinal decimoctavo de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Donostia de fecha 15 de abril de 2015, se declarase probado que en ese mismo mes la UTE comenzó a realizar tal clase de faenas con personal propio, sin especificar si se trataba o no de personal de nueva contratación.

Establecido lo anterior, y en trance de ponderar la existencia en el supuesto enjuiciado de una sucesión de empresa tal como aparece definida en el número 2 del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, como la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, "entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio", hay que comenzar recordando la jurisprudencia constante y notoria recaída en supuestos en los que una empresa que venía cubriendo un determinado servicio mediante una o sucesivas contrataciones, decide suprimirlo, o prestarlo directamente con su propio personal. Según esa doctrina, trasladable al caso de autos, la regla general es que la situación descrita no encuentra encaje en el mencionado precepto estatutario en tanto que la simple continuidad en la ejecución de un servicio no implica la transmisión de una entidad económica o de una unidad productiva con autonomía funcional, sino la mera prosecución de una actividad carente de tales características. No obstante, esa regla que sufre una excepción cuando la recuperación del servicio se acompaña bien de la transferencia de activos significativos propiedad de la contratista, bien, en aquellos sectores en los que el sustento fundamental de la actividad lo constituye la mano de obra, de la asunción por la comitente de la totalidad o de una parte importante de la plantilla de la empresa que la llevaba a cabo.

En el presente supuesto, aceptado ese criterio, pacíficamente, por los litigantes y no formulada tan siquiera la primera hipótesis, debemos verificar si, como entiende el órgano de instancia, se ha producido una "sucesión de plantilla".

La adecuada respuesta a este interrogante obliga a afrontar dos cuestiones diferentes aunque interrelacionadas, como son la identificación de la unidad de referencia a considerar y la determinación de si la actividad o actividades a valorar descansan fundamentalmente en el elemento humano. Al respecto, la juez "a quo" ha hecho coincidir la unidad de referencia con el ámbito del contrato administrativo concertado por la UTE Donostialdea 2010, y, por ende, ha tomado en consideración el número total de trabajadores ocupados en su ejecución, de forma que a los 34 pertenecientes a la UTE, dedicados fundamentalmente a las labores de conservación y mantenimiento de los elementos constitutivos de las carreteras, ha sumado los 11 encuadrados en la plantilla de la empresa subcontratista, encargados del desbroce y limpieza de las cunetas de los citados viales. Sin embargo, al enfrentarse al segundo problema la Magistrada autora de la sentencia impugnada ha concentrado su mirada en la actividad desplegada por la subcontratista, ignorando la realizada directamente por la UTE. Esa misma



perspectiva limitada es la que ha adoptado a la hora de pronunciarse sobre la subrogación convencional, sin que ni a uno ni a otro efecto haya justificado ese tratamiento dispar.

A juicio de la Sala, y aún reconociendo la dificultad de establecer pautas generales en casos similares al presente, dada la diversidad de situaciones que pueden darse en la realidad y la inexistencia de una doctrina jurisprudencial específica, ha de entenderse, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, que la unidad de referencia válida a efectos tanto de la aplicación de la norma legal como de la convencional sectorial, no se corresponde con la actividad objeto del contrato administrativo globalmente considerada, sino con la de desbroce y limpieza de las cunetas. Y ello, por cuanto que las labores de conservación y mantenimiento de los elementos constitutivos de las carreteras, de un lado, y las de desbroce y limpieza de las cunetas, de otro, están perfectamente delimitadas y separadas en la práctica, lo que tiene incidencia en el plano de las relaciones laborales en distintos aspectos, incluido el de la sucesión de plantillas. En efecto, la primera actividad, para cuya ejecución se precisa la aportación de maquinaria y medios materiales relevantes por parte de la adjudicataria, era desarrollada directamente la UTE saliente, con una plantilla de 34 trabajadores sujetos a contratos por obra vinculados a la concesión, que, en su gran mayoría procedían de la anterior empresa adjudicataria (UTE Ibilbide 2006), como acreditan los contratos de trabajo obrantes en autos, estando sometidos al convenio colectivo de la construcción y obras públicas de Gipuzkoa. Por su parte, la segunda actividad, que descansa fundamentalmente en la mano de obra, venía siendo desarrollada, en régimen de subcontratación, por una empresa especializada en la actividad de jardinería con once trabajadores que, en su mayoría habían prestado servicios en otras empresas o concesiones distintas de la que aquí nos ocupa, y se regían por el convenio colectivo estatal de jardinería.

Este mismo criterio se seguiría en orden a la aplicación tanto de la norma legal como de la cláusula convencional en materia de subrogación (en esa hipótesis, el artículo 18 del convenio colectivo provincial de construcción) de darse la situación inversa a la aquí acaecida, esto es, si la nueva UTE hubiese decidido incorporar a un número significativo de los trabajadores de la subcontratista y a ninguno de los de la anterior adjudicataria.

Aun referida a escenarios distintos, cabe traer a colación la doctrina fijada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencias de 9 de julio de 2014 (Rec. 1201/13), y 16 y 17 de junio de 2015 (Rec. 1785/14 y 1548/14), expresiva de que el deber de subrogación empresarial, sea por sucesión en la plantilla o por previsión convencional colectiva, no opera a nivel global sino por centros de actividad.

Sentada la conclusión favorable a la consideración como unidad de referencia de la actividad de desbroce y limpieza de las cunetas, y no habiendo contratado la UTE Donostialdea 2014 a ninguno de los trabajadores de Jardinería Adaxka SL adscritos a esas tareas, resulta claro que no cabe apreciar la existencia de una sucesión de empresa en la modalidad de sucesión de plantillas, por lo que procede acoger la denuncia de infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que formula el recurso.

No podría llegarse a solución distinta aun cuando a efectos meramente dialécticos se considerase que la unidad de referencia debe coincidir con la resultante del objeto del contrato administrativo, pues en tal caso y ponderando la importancia de cada actividad, habría que concluir que la predominante no descansa principalmente en la mano de obra, lo que impediría proclamar la existencia de una sucesión de plantilla. Nótese al respecto que la nueva UTE no se subrogó en el personal de su antecesora en cumplimiento del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , como procedería si el sustento esencial de su actividad fuese el factor humano, y tampoco del artículo 18 del convenio colectivo provincial de la construcción, menos favorable para los trabajadores, sino del pliego de cláusulas administrativas particulares, como lo confirma que uno de los afectados se negase a la subrogación.

Desechada la aplicación en el caso de la garantía legal de subrogación, corresponde verificar seguidamente si, como defiende el órgano de instancia, la UTE que ahora es parte recurrente, al asumir a su cargo, a partir del 1 de noviembre de 2014, la ejecución de las tareas descritas en el contrato administrativo suscrito con la Diputación Foral de Gipuzkoa, entre las que figuraba el desbroce y limpieza de las cunetas, que hasta entonces realizaba la empresa Jardinería Adaxka SL, que ocupaba al actor, estaba sujeta al deber de subrogarse en su contrato por mor de lo dispuesto en el artículo 43 del convenio colectivo estatal de jardinería.

Planteado el objeto de debate en este punto en los términos expuestos en el fundamento cuarto de esta resolución, el primer extremo a considerar es el relativo a la aplicabilidad a UTE Donostialdea 2014 del mencionado precepto convencional. Sólo en el caso de que la respuesta al anterior dilema fuese contraria a la postulada en el recurso, habría que analizar si el supuesto a examen encuentra cobertura en la norma paccionada.

En lo que respecta al tema principal, es reiterada la doctrina jurisprudencial, plasmada, entre otras, en las sentencias de 21 de abril y 19 mayo de 2015 (Rec. 91/14 y 358/14), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo , que, con base principalmente en lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores , declara que el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni establecer condiciones de trabajo que hayan de asumir empresas no incluidas en su ámbito



de aplicación, lo que, en una primera aproximación, podría llevar a entender que a la UTE recurrente, dedicada a la actividad de construcción y obras públicas, no le vincula la cláusula subrogatoria pactada en un convenio colectivo suscrito por las Asociaciones empresariales de empresas de parques y jardines y restauradoras del paisaje y el medio ambiente, y determinadas organizaciones sindicales.

Sucedee, sin embargo, que esa doctrina ha sido excepcionada por el propio Tribunal Supremo, al admitir la aplicabilidad de la cláusula subrogatoria establecida en un convenio colectivo sectorial a empresas ajenas a su ámbito, atendiendo a un criterio funcional que determina la aplicación de la norma garante de la estabilidad en el empleo correspondiente a la actividad que realizan los trabajadores en cuya relación ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener una contrata al margen del convenio por el que se rija (sentencias, entre otras, de 17 de febrero y 4 de octubre de 2012 , Rec. 1096/11 y 3163/11 referidas a la asunción de contratas de limpieza por centros especiales de empleo).

Lo anterior pone de manifiesto que el máximo órgano jurisdiccional no ha pretendido establecer una regla rígida y absoluta en la materia, sino que consiente excepciones o salvedades debidamente justificadas a la hora de enfrentarse a una realidad tan compleja y variada como es la de la contratación y subcontratación, en la que con relativa frecuencia se hacen presentes fenómenos de huida de la regulación sectorial como medio de lograr mayores beneficios empresariales en detrimento de la estabilidad en el empleo, sin perjuicio claro está de la necesidad de adoptar un criterio restrictivo dada la prevalencia de los principios básicos en materia de negociación colectiva en los que aquella se fundamenta.

Pues bien, a merito de la Sala, en supuestos como el de autos, la regla general enunciada no puede convertirse en una excusa para que la nueva empresa adjudicataria eluda el cumplimiento de la obligación de subrogación impuesta por la norma convencional correspondiente a la actividad que llevaban a cabo los trabajadores de la empresa subcontratada por la anterior concesionaria para ejecutar parte de los labores objeto del contrato administrativo; actividad que conforme a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas, la nueva adjudicataria tiene que seguir realizando en los mismos términos que su antecesora.

En este caso, la doctrina tradicional debe modularse en razón de las especificidades concurrentes con el fin de proteger a los trabajadores de la subcontrata frente a actuaciones abusivas o fraudulentas, como la que supone asumir un servicio a cambio de un precio en el que está incluidas las operaciones que la anterior adjudicataria venía efectuando por medio de una subcontrata, sin hacerse cargo del personal que las ejecutaba, con el pretexto de que la actual concesionaria no se rige por el convenio correspondiente a esa actividad, pero sin aplicar tampoco la cláusula subrogatoria del convenio colectivo de la construcción. Subterfugio que además carece de rigor pues el hecho de que la actividad de la UTE sea la de construcción y obras públicas no implica necesariamente que en las relaciones con sus trabajadores se rija por un único convenio.

La misma concepción que nos ha llevado a rechazar la existencia de una "sucesión de plantillas", nos impulsa a la solución esbozada. Si la unidad de referencia a considerar a efectos subrogatorios es la subcontrata de jardinería, y el nuevo adjudicatario adquiere el derecho y asume la obligación de ejecutar las operaciones de desbroce y limpieza de las cunetas, que la anterior concesionaria tenía claramente deslindadas y llevaba a cabo a través de Jardinería Adaxka SL, la decisión de asumir esa actividad de manera directa, en lugar de recurrir a la misma empresa subcontratista, o a otra distinta, conlleva que las consecuencias laborales derivadas de esa arrogación ¿ que determina la realización efectiva de tareas de jardinería por la UTE - deban regirse por la correspondiente norma sectorial, y no por las de la rama de la construcción.

Dos consideraciones refuerzan la conclusión alcanzada. La primera, radica en que la limpieza y desbroce de cunetas encontraba acomodo en el objeto de la UTE saliente y de la entrante, que es la ejecución de las operaciones adjudicadas por la Diputación, entre las que figuran aquellas; se trata, por tanto, de trabajos pertenecientes al núcleo productivo, sin que su subcontratación por la primera pueda servir para que la segunda soslaye el deber subrogatorio establecido en la norma convencional aplicable a la actividad desarrollada por la subcontrata. Si la UTE anterior hubiese realizado esa actividad directamente, la actual tendría que haberse hecho cargo del personal ocupado en su realización de conformidad con lo dispuesto en el convenio colectivo de la construcción; y ello, aún en el supuesto de que en el pliego de condiciones administrativas no se hubiese incluido ninguna cláusula subrogatoria, no encontrándose argumentos válidos para llegar a solución distinta, relegando el convenio sectorial de jardinería, por el hecho de que su antecesora hubiese subcontratado esas labores. La segunda razón es que la recurrente, una vez firmado el contrato administrativo, es libre para decidir si todas o parte de las operaciones las realiza por sí misma o recurre a la subcontratación, con el límite del 50 % establecido en el contrato administrativo, pero en el primer caso no puede desentenderse de la suerte de los trabajadores que realizaban parte de esas labores regidos por un convenio colectivo de cuyas previsiones trata de desentenderse contraviniendo además lo dispuesto en su artículo 2, a tenor del cual su aplicación se extiende a "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".



Resuelto el interrogante principal en el sentido de que la UTE recurrente debe someterse a la norma convencional sobre subrogación vigente en el sector de jardinería, procede pronunciarse sobre la cuestión suscitada por dicha parte de forma subsidiaria, referida a la subsunción del presente caso en alguno de los supuestos contemplados en el mencionado precepto. Esta pregunta es más fácil de contestar a la luz tanto del texto del artículo 43 del convenio como del propósito que le inspira y del derecho constitucional en juego.

En cuanto al primero, la obligación de absorción del personal se impone a "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", con la precisión de que el término contrata "engloba con carácter genérico cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada (¿), 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", incluyendo expresamente "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 (¿.)".

Pues bien, la UTE recurrente ha sucedido a la empresa Jardinería Adaxka SL en la ejecución de una actividad comprendida en el ámbito funcional del convenio de jardinería como consecuencia del cambio en la adjudicación del contrato administrativo de servicios para la conservación de las carreteras y vías ciclistas de las comarcas de Donostialdea y Bidasoaldea, por lo que la situación encuentra encaje en la norma paccionada al concurrir los presupuestos que en él se establecen.

A idéntica conclusión se llega si se atiende a la finalidad y efecto útil del precepto, así como al derecho constitucional al trabajo en su vertiente individual de continuidad o estabilidad en el empleo, cánones hermenéuticos recogidos también en los artículos 3.1, 1281 y 1284 del Código Civil y 5.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Declarada la procedencia de la subrogación del actor por parte de la entidad condenada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 43 del convenio colectivo estatal de jardinería, el análisis de la pertinencia de su absorción por mor de lo previsto en el pliego de condiciones del concurso público, carece de interés a efectos resolutorios. No obstante, no siendo la suplicación el último grado de la jurisdicción social, debemos pronunciarnos también al respecto. Y lo hacemos, en contra de la tesis que defiende la UTE en su recurso, siguiendo el criterio fijado en el Pleno no jurisdiccional celebrado al efecto.

El problema que se plantea en este punto consiste en decidir el alcance de la cláusula de subrogación incorporada al pliego de prescripciones técnicas particulares, relativa a que "el adjudicatario del contrato está obligado a subrogarse en la contratación laboral del personal que formaba parte de las contrataciones anteriores que de forma continuada e ininterrumpida han prestado ese servicio", habida cuenta que tras esta formulación general se establece que "este personal se describe con la categoría profesional y el coste de empresa que se detalla en el Anejo correspondiente", referencia que debe entenderse hecha al Anexo 3.4, en el que sólo figuran los trabajadores pertenecientes a la plantilla de la UTE Donostialdea 2010. Para la recurrente, de la literalidad de esta cláusula 15 se infiere que la obligación de subrogación quedaba limitada al referido colectivo y que su extensión a los trabajadores de la subcontratista carece de apoyo.

No podemos compartir este planteamiento. A la luz de lo consignado en el cuadro de características que encabeza el pliego de cláusulas administrativas particulares y en la cláusula 42 del mismo, la contradicción apreciable en la anteriormente transcrita debe ser salvada otorgando prioridad al enunciado general, por cuanto que en el referido cuadro se indica 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 trabajadoras y/o trabajadores adscritos/as al contrato existentes en el centro de trabajo o unidad productiva autónoma en el momento de cada adjudicación", remitiendo a la cláusula 42 que impone la subrogación "siempre que los trabajadores y las trabajadoras hayan realizado su actividad en el centro o centros de trabajo afectados por la sucesión de contrataciones al menos durante los cuatro meses inmediatamente anteriores a la finalización de la contrata".

Pues bien, si todas estas estipulaciones se ponen en relación con la posibilidad de subcontratación reconocida en el pliego del año 2010, y con la identidad del objeto de los servicios adjudicados en 2014, habrá que convenir que



el deber de subrogación alcanzaba tanto a los trabajadores pertenecientes a la UTE como a los adscritos a las diferentes subcontratas que la misma hubiese tenido a bien concertar, encomendando determinadas parcelas de las operaciones de cuya ejecución era responsable a terceras empresas.

Este argumento de interpretación sistemática se refuerza con otro de interpretación finalista pues la intención inequívoca de la Diputación, manifestada en el pliego de condiciones, fue la de garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores que formaban parte de "las contratas" (en plural) precedentes que, de forma continuada e ininterrumpida prestan el servicio objeto del contrato, sin establecer distinción ni salvedad alguna en cuanto al régimen jurídico de contratación ¿ directa por la UTE o a través de una subcontratista -, por lo que no resultaría coherente entender que la obligación de subrogación no se extendía a los trabajadores empleados en la prestación de una parte del mencionado servicio.

Por lo demás, la doctrina jurisprudencial niega virtualidad enervatoria del deber de subrogación a la errónea configuración en el pliego de condiciones del listado de trabajadores que prestaban servicios en el centro de trabajo que pasa a gestionar la empresa entrante, razonando que la asunción de la actividad por parte de la nueva concesionaria y la subrogación en los contratos de los trabajadores que venían prestando aquellos servicios ha de provocar la inclusión de todos los trabajadores destinados a la concesión en el marco de los servicios que la Administración adjudicaba a la nueva empresa, sin que el hecho de que un empleado no figurara en esa relación impida afirmar la realidad de su prestación para el servicio que es objeto del cambio de prestataria (sentencia de 13 de noviembre de 2013, Rec. 1334/12, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo).

Resta señalar que Jardinería Adaxka SA dio oportuno cumplimiento a las obligaciones informativas y documentales que le eran exigibles en orden a la subrogación de sus trabajadores por parte de la nueva concesionaria, y que su eventual incumplimiento por la Diputación Foral ya UTE Donostialdea 2010 podrá dar lugar, en su caso, a la exigencia de las pertinentes responsabilidades en la vía que corresponda, pero tampoco son óbice a la operatividad del mecanismo tuitivo que nos ocupa.

A modo de argumento de cierre que, aún incorporado sin separación alguna al postrer motivo de censura jurídica, presenta perfiles propios que exigen un estudio y una respuesta diferenciada, la entidad recurrente afirma que la actuación de Jardinería Adaxka SL y la pretensión deducida por el trabajador en la demanda rectora de autos atentan contra los principios de buena fe, respeto a los actos propios e interdicción del abuso de derecho, incurriendo en fraude de ley, en tanto que Jardinería Adaxka SL venía asumiendo pacíficamente que los trabajadores que prestaban servicios en régimen de subcontratación seguían formando parte de su plantilla después del cambio de adjudicatarias, y el demandante ha considerado en todo momento que estaba integrado en ella, sin plantearse en ningún momento la posibilidad de incorporarse a las empresas contratantes en cuyo ámbito ha desarrollado su actividad.

En apoyo de este planteamiento la UTE condenada articula los motivos numerados primero y noveno a undécimo del recurso, orientados a la ampliación de la premisa fáctica de la sentencia de instancia en los términos que siguen.

1º) En el que encabeza el recurso pretende que al relato que contiene el ordinal primero de la crónica judicial se le añada que el demandante comenzó a prestar servicios para Jardinería Adaxka SL a virtud de un contrato de trabajo eventual que tenía por objeto atender el mantenimiento de diversas zonas verdes en las carreteras de Gipuzkoa, así como que la relación se convirtió en indefinida el 1 de julio de 2007.

El motivo no puede prosperar. Ante todo, porque los datos cuya inserción se interesan ya figuran en el hecho probado cuarto de la sentencia. Además, porque tales particulares no tienen ninguna trascendencia para la resolución del recurso: el hecho de que con anterioridad a julio de 2010, fecha de inicio de la subcontrata del servicio que nos ocupa, el demandante desarrollase su actividad en otros lugares que no constan (previsiblemente en el mantenimiento de zonas verdes en diferentes carreteras de Gipuzkoa), y de que no hubiese accionado previamente por despido y solicitado la aplicación del mecanismo de la subrogación se explica porque Jardinería Adaxka S.L. le mantuvo en su puesto de trabajo, lo que no sucedió a partir del 31 de octubre de 2014.

2º) En conexión con el motivo precedente, el numerado como undécimo propone la inclusión de un nuevo hecho probado expresivo de que en años anteriores algunos trabajadores de Jardinería Adaxka SL, incluido el demandante, trabajaron en régimen de subcontratación a favor de otras empresas, como Ibilbide SL, o UTE Goierrialdea 2010, y que cuando se extinguía la relación entre ellas, los operarios afectos continuaban al servicio de Jardinería Adaxka SL, sin que en ningún momento se planteara la existencia de una posible subrogación o sucesión empresarial.

Para la entidad recurrente, estos hechos ponen de manifiesto que el comportamiento de Jardinería Adaxka SL se aleja del seguido en ocasiones anteriores, en las que cuando finalizaba una adjudicación realizada a favor



de otra UTE y, por ende, se extinguía la correspondiente subcontrata, se quedaba con el personal adscrito a la misma a la espera de obtener nuevos encargos de terceros.

Son tres las razones que abocan el motivo al fracaso. La primera es que el texto propuesto adolece de la necesaria precisión y rigor sobre extremos a los que alude, como el número de operarios implicados, la duración de las subcontratas, el tiempo que cada trabajador desempeñó su labor en ellas y la fecha de extinción de las mismas. En segundo lugar, hace abstracción de un dato trascendente al que aluden los Letrados del actor y de Jardinería Adaxka SL en los escritos de impugnación del recurso, cuál es que esta empresa venía siendo subcontratada por las sucesivas adjudicatarias del servicio, lo que posibilitaba que los trabajadores siguiesen ocupados en la misma, situación que no mantuvo la ahora recurrente, que decidió no subcontratar los trabajos de desbroce y limpieza de cunetas y explica la actuación de Jardinería Adaxka SL. El tercer argumento que determina su rechazo es que la redacción que se facilita incorpora en su inciso final conclusiones valorativas impropias del apartado histórico de la sentencia.

3º) Bajo otra perspectiva, la UTE se sirve del motivo o noveno para enriquecer el ordinal octavo con la indicación de que en fecha 31 de octubre de 2014, el actor firmó un recibo de finiquito por importe de 791,22 euros, reconociendo que cesaba en la prestación de sus servicios, renunciando a nada más pedir ni reclamar.

Arguye la recurrente que no tiene sentido que al demandante se le liquidasen las partes proporcionales de las pagas extraordinarias devengadas al 31 de octubre de 2014 siendo así que su abono estaba garantizado por la nueva empresa.

Esta pretensión merece el rechazo que deriva de su manifiesta inocuidad para solventar el recurso. El hecho de que en los supuestos de sucesión de empresa, la cesionaria responda solidariamente de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hubieran sido satisfechas por la cedente, no excluye la responsabilidad de ésta, que es la genuinamente compelida al pago de los conceptos salariales devengados mientras ostentó la condición de empresario. Además, el recurrente omite que en el documento de finiquito se hizo constar como causa de la baja la subrogación empresarial, por lo que su firma no puede valorarse como indicio de que no estuviese convencida de la obligatoriedad de la subrogación, antes al contrario.

4º) La última modificación postulada se encauza a través de los motivos noveno y décimo, y se proyecta sobre los hechos probados octavo y noveno de los declarados probados, respecto de los cuales la recurrente quiere añadir los siguientes datos: a) que en fecha 23 de octubre de 2014, UTE Donostialdea 2010 comunicó a Jardinería Adaxka S.L. que la relación contractual se extinguiría el día 31 de ese mismo mes conforme a lo estipulado en el contrato suscrito; b) que el escrito en el que la empresa subcontratista notificó a la nueva adjudicataria que debía hacerse cargo de los 11 trabajadores adscritos al servicio de jardinería fue remitido el día 3 de noviembre de 2014; c) que uno de los trabajadores no subrogados, el Sr. Gaspar, presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo el 5 de noviembre de 2014, en el que expuso que no habían sido admitidos por UTE ahora recurrente el día 3 de ese mismo mes,

Para la UTE recurrente estos hechos ponen de manifiesto que Jardinería Adaxka SL no estaba convencida de la obligatoriedad de la subrogación, pues en otro caso se habría dirigido a la actual concesionaria antes del 31 de octubre de 2014.

Esta proposición decae igualmente: en lo tocante a los dos primeros particulares, porque lo que se desprende de los documentos obrantes en autos a los folios 826 y 834, es que Jardinería Adaxka SL remitió a las empresas integrantes de la UTE Donostialdea 2014 los escritos de subrogación, acompañados de la documentación correspondiente, vía burofax, el 30 de octubre de 2014, sin perjuicio de que cuatro días más tarde reiterase el envío; en lo que concierne al último extremo, por su absoluta falta de significación decisoria, máxime si se tiene en cuenta que el día 1 de noviembre de 2014 era festivo y el 2 caía en domingo, lo que supone que los operarios se personaron en sus puestos de trabajo el primer día laborable de ese mes.

Desechados los motivos de revisión fáctica, la denuncia jurídica que formula la UTE tampoco se admite. Desde luego, no concurren elementos de reprochabilidad en el quehacer conductivo del trabajador demandante, que se limitó a ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva ante el cese por subrogación comunicado por Jardinería Adaxka SL, con efectos de 31 de octubre de 2014, y la negativa de UTE Donostialdea 2014 a hacerse cargo de la relación laboral a partir de esa fecha; derecho fundamental que la entidad recurrente parece querer restringir de manera infundada e ilegítima con base en situaciones pretéritas que ninguna relación tienen con la enjuiciada habida cuenta que hasta la fecha indicada Jardinería Adaxka SL le mantuvo en su puesto de trabajo, después de suscribir las correspondientes subcontratas con la nueva adjudicatarias, por lo que no tenía ninguna razón para demandarla, o para solicitar la integración en la plantilla de todas o alguna de las sucesivas concesionarias.



Tampoco encontramos indicios de actuación contraria a derecho por parte de Jardinería Adaxka SL, que ante la decisión adoptada por la nueva UTE de no subcontratar el servicio de desbroce y limpieza de las cunetas, a diferencia de las anteriores adjudicatarias, se limitó a comunicarle que debería hacerse cargo del personal adscrito a la subcontrata, a lo que la recurrente se negó. En definitiva, el cambio de línea de conducta que la UTE imputa a la empresa de jardinería y al demandante y tacha de abusivo y fraudulento, trae causa y se justifica por su propio comportamiento, sobre el que además no ha dado explicación alguna.

Por todo cuanto se deja razonado procede confirmar el fallo de instancia, no con base en todos los fundamentos que en ella se exponen, sino únicamente por los referidos al incumplimiento de la obligación de subrogación convencional establecida en el artículo 43 del convenio colectivo estatal de jardinería y a la inobservancia de lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas."

Por todo lo mencionado procede la íntegra desestimación del Recurso de Suplicación de la empresarial recurrente.

QUINTO.- Como la empresarial recurrente ve desestimado su Recurso de Suplicación y no goza del beneficio de justicia gratuita, en atención al arts. 235.1 de la LRJS habrá condena en costas, pérdida de depósito y aplicación de consignaciones.

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por UTE DONOSTIALDEA 2014 contra la sentencia dictada en fecha 13-4-15 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Donostia en autos nº 857/14 seguidos a instancia de Simón frente a API MOVILIDAD S.A., CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.A., DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA, JARDINERIA ADAXKA S.L., MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A. MATINSA, SERKOM GESTION Y SERVICIOS GRUPO MOYUA S.L., U.T.E. DONOSTIALDEA 2010 y UTE DONOSTIALDEA 2014, confirmando la resolución de instancia.

Se condena en costas a la empresarial recurrente que deberá hacer frente a los honorarios de los Letrados impugnantes en cuantía de 400 euros para cada uno, con pérdida 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 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-.

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 4699-0000-66-1452-15.

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 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