



Roj: **STSJ PV 3099/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:3099**

Id Cendoj: **48020340012015101726**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2015**

Nº de Recurso: **1551/2015**

Nº de Resolución: **1654/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1551/2015

N.I.G. P.V. 20.05.4-14/004324

N.I.G. CGPJ 20.053.44.2-0140/004324

SENTENCIA Nº: 1654/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 22 de septiembre de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D^a. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Luis Andrés contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 16 de abril de 2015, dictada en proceso sobre despido (DSP), y entablado por **el citado recurrente** frente a **API MOVILIDAD S.A., CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.A., DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA, FONDO DE GARANTIA SALARIAL, 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 la Iltma. Sra. Magistrada Dña. ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"PRIMERO .- D. Luis Andrés venía prestando sus servicios para la empresa "Jardinería Adaxka, S.L." desde el 5 de Junio del 2.013, con la categoría profesional de auxiliar, y con un salario mensual de 1.535,17 euros, incluidas las prorratas de las pagas extraordinarias.

SEGUNDO .- La Diputación Foral de Gipuzkoa es la titular de la red de carreteras que atraviesan el territorio, y es también la responsable de las tareas de conservación y mantenimiento de esta red de carreteras, para lo cual convoca periódicamente concursos públicos, en los que divide las carreteras del territorio en zonas, y adjudica las tareas de mantenimiento de cada carretera a aquella empresa, que reuniendo los requisitos que establece la Diputación Foral de Gipuzkoa para hacerse cargo de estas tareas, realiza una mejor oferta.

TERCERO .- A los efectos de las tareas de conservación y mantenimiento de la red de carreteras de Gipuzkoa, la Diputación Foral de Gipuzkoa divide el territorio en diversos sectores, siendo uno de ellos el que comprende las carreteras de la comarca denominada Donostialdea-Bidasoa, que comprende aproximadamente las carreteras de las comarcas de Donostia e Irun.

CUARTO .- La Diputación Foral de Gipuzkoa divide las tareas de conservación y mantenimiento de las carreteras de las que es titular en tres grupos en razón de su importancia, el grupo I está formado por las tareas que aseguran las condiciones normales de vialidad y seguridad, y que tienen un carácter prioritario, las tareas del grupo II consisten en el mantenimiento de los elementos constitutivos de la carretera con los niveles de calidad más próximos posibles a los deseables para cada uno de ellos, según la clasificación de cada tramo, teniendo en cuenta el elemento en cuestión, prioridades y recursos disponibles, y las tareas del grupo III son aquellas tareas que sin estar incluidas en el grupo II sea necesario realizar en los tramos principales de, contrato a juicio del Director, que deberá ordenarlas específicamente.

Las tareas de jardinería, que consisten en el desbroce y limpieza de las cunetas de las carreteras, así como la poda de setos divisorios, o de los distintos árboles que bordean la carretera, son trabajos que se incluyen dentro de las tareas del grupo II.

QUINTO .- Desde el año 1.998, las diversas adjudicatarias de las tareas de conservación y mantenimiento de las tareas de la comarca de Donostialdea-Bidasoa, que en todos los casos han sido uniones temporales de empresas, han subcontratado las tareas de jardinería incluidas dentro de estos trabajos con la empresa "Jardinería Adaxka, S.L.", realizando cada una de estas uniones temporales de empresas un contrato mercantil con la empresa "Jardinería Adaxka, S.L.", cuya vigencia estaba vinculada a la duración de cada adjudicación, de manera que a la finalización de cada adjudicación administrativa, se extinguía también el contrato mercantil que la empresa "Jardinería Adaxka, S.L." había suscrito con cada unión temporal de empresas, y firmaba un nuevo contrato con la siguiente.

SEXTO .- Tras haber firmado el contrato correspondiente con la unión temporal de empresas adjudicataria del servicio de mantenimiento y conservación de las carreteras de la zona Donostialdea-Bidasoa, la empresa "Jardinería Adaxka, S.L." debía confeccionar un plan de actuación que comprendiera todo el año, especificando no solo las tareas que iba a desarrollar, sino también las tareas que iba a realizar en cada mes.

Las tareas de limpieza y desbroce de las cunetas se desarrollan entre los meses de Marzo y Noviembre, y entre los meses de Diciembre y Febrero del año siguiente se realizan tareas de mantenimiento.

SEPTIMO .- La empresa "Jardinería Adaxka, S.L." para hacer frente a las obligaciones contraídas con las empresas adjudicatarias de los trabajos de mantenimiento y conservación de las carreteras de la zona Donostialdea-Bidasoa, asignaba a un equipo de trabajo, a cargo de un encargado, estando el equipo de trabajo formado por un número variable de personas en función de las tareas a realizar.

OCTAVO .- A comienzos del año 2.010, la Diputación Foral de Gipuzkoa convocó un concurso público para adjudicar las tareas de mantenimiento y conservación de las carreteras de la zona Donostialdea-Bidasoa, y tras superar el concurso correspondiente se adjudicó dicha contrata a la empresa "UTE Donostialdea 2.010", la cual estaba formada por las empresas "Campezo Obras y Servicios, S.A." y "Api Movilidad, S.A."

Tras la adjudicación de esta contrata a la empresa "UTE Donostialdea 2.010", el 7 de Julio del 2.010 la Diputación Foral de Gipuzkoa y la empresa "UTE Donostialdea 2.010" firmaron un contrato administrativo para la realización de las tareas adjudicadas.

Una copia de este contrato, y de los que a continuación se dirán, están unidas a las actuaciones, dándose aquí por reproducidos.

NOVENO .- El 8 de Julio del 2.010 las empresas "UTE Donostialdea 2.010" y "Jardinería Adaxka, S.L." firmaron un contrato mercantil, en virtud del cual la empresa "UTE Donostialdea 2.010" subcontrató con la empresa "Jardinería Adaxka, S.L." para realizar los trabajos de jardinería incluidos en las tareas de mantenimiento y conservación de las carreteras de la zona Donostialdea-Bidasoa.

DECIMO .- A comienzos del año 2.014, la Diputación Foral de Gipuzkoa convocó un nuevo concurso público para adjudicar las tareas de mantenimiento y conservación de las carreteras de la zona Donostialdea-Bidasoa, y tras superar el concurso estas tareas fueron adjudicadas a la empresa "UTE Donostialdea 2.014", que está formada por las empresas "Mantenimiento de Infraestructuras, S.A." y "Serkom Gestión y Servicios Grupo Moia, S.L."

DECIMOPRIMERO .- El 23 de Octubre del 2.014, la empresa "UTE Donostialdea 2.010" remitió una carta a la empresa "Jardinería Adaxka, S.L.", en la que le comunicaba que el contrato de subcontratación que existía entre las dos empresas se extinguiría el 31 de Octubre del 2.014.



DECIMOSEGUNDO .- El 28 de Octubre del 2.014, la Diputación Foral de Gipuzkoa y la empresa "UTE Donostialdea 2.014" firmaron un contrato administrativo para la realización de las tareas adjudicadas.

DECIMOTERCERO .- El 29 de Octubre del 2.014, la empresa "Jardinería Adaxka, S.L." remitió un burofax a la empresa "Serkom Gestión y Servicios Grupo Moiu, S.L.", en la que le indicaba la remisión de la documentación necesaria para que procediera a la subrogación de los once trabajadores que venían realizando las tareas de desbroce y limpieza de cunetas en las carreteras de las comarcas de Donostialdea y de Bidasoa.

En la misma fecha la empresa "Jardinería Adaxka, S.L." remitió otro burofax en iguales términos a la empresa "Mantenimiento de Infraestructuras, S.A."

Ni la empresa "Mantenimiento de Infraestructuras, S.A.", ni la empresa "Serkom Gestión y Servicios Grupo Moiu, S.L." respondieron a estos burofaxes.

DECIMOCUARTO .- El 31 de Octubre del 2.014, la Dirección de la empresa "Jardinería Adaxka, S.L." comunicó verbalmente a D. Luis Andrés la extinción de su contrato de trabajo con efectos desde esa misma fecha, alegando que a partir del 1 de Noviembre del 2.014 debía pasar a la plantilla de la empresa "UTE Donostialdea 2.014".

DECIMOQUINTO .- El 1 de Noviembre del 2.014 la empresa "UTE Donostialdea 2.014" se hizo cargo de los servicios de mantenimiento y conservación de las carreteras de la zona Donostialdea-Bidasoa, y ese mismo día asumió en su plantilla, a través del mecanismo de la subrogación a treinta y tres trabajadores de la plantilla de la empresa "UTE Donostialdea 2.010", es decir todos los subrogables que figuraban en una lista elaborada al efecto por la empresa "UTE Donostialdea 2.010", a excepción de uno, D. Eleuterio , que manifestó su desacuerdo con la subrogación.

DECIMOSEXTO .- El 3 de Noviembre del 2.014, once trabajadores de la empresa "Jardinería Adaxka, S.L.", que habían realizado trabajos de desbroce y limpieza de cunetas en las carreteras de las comarcas de Donostialdea y de Bidasoa, se presentaron en las oficinas de la empresa "UTE Donostialdea 2.014" alegando que en virtud de la subrogación eran trabajadores de esa empresa, la Dirección de la empresa "UTE Donostialdea 2.014" no aceptó esa pretensión y solicitó a los once trabajadores que habían acudido a sus instalaciones que las desalojaran, cosa que no hicieron por lo que tuvo que llamar a la Ertzaintza, que finalmente desalojó a estos once trabajadores de las oficinas de la empresa "UTE Donostialdea 2.014".

Uno de estos once trabajadores era D. Luis Andrés .

DECIMOSEPTIMO .- El 5 de Noviembre del 2.014, D. Florentino presentó una denuncia ante la Inspección de Trabajo de Gipuzkoa, denunciando los hechos que habían ocurrido en las instalaciones de la empresa "UTE Donostialdea 2.014".

No hay constancia de que la Inspección de Trabajo de Gipuzkoa haya realizado ninguna actuación contra la empresa "UTE Donostialdea 2.014" como consecuencia de esta denuncia.

DECIMOCTAVO .- Durante los meses de Noviembre y Diciembre del 2.014, y Enero, Febrero y Marzo del 2.015, la empresa "UTE Donostialdea 2.014" no realizó ninguna labor de jardinería relacionada con las tareas de mantenimiento y conservación de las carreteras de la zona Donostialdea-Bidasoa, y solo ha comenzado a realizar estas tareas con su propio personal a partir del mes de Abril del 2.015.

DECIMONOVENO .- D. Luis Andrés no es, ni ha sido durante el año anterior a los hechos representante de los trabajadores.

VIGESIMO .- Se ha intentado la conciliación entre las partes ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Gipuzkoa del Gobierno Vasco el 18 de Diciembre del 2.014, no llegándose a ningún acuerdo entre las partes, terminando el acto sin avenencia."

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

"Que estimo las excepciones de falta de legitimación pasiva de las empresas "UTE Donostialdea 2.010", formada por las empresas "Campezo Obras y Servicios, S.A." y "Api Movilidad, S.A.", y "UTE Donostialdea 2.014", formada por las empresas "Mantenimiento de Infraestructuras, S.A." y "Serkom Gestión y Servicios Grupo Moiu, S.L.", y entrando a conocer del fondo del asunto estimo la demanda, declaro la improcedencia del despido que la empresa "Jardinería Adaxka, S.L." realizó en la persona de D. Luis Andrés el 31 de Octubre del 2.014, debiendo las partes pasar por esta declaración; condeno a la empresa "Jardinería Adaxka, S.L.", a su opción, o a la inmediata readmisión de D. Luis Andrés en las mismas condiciones que regían su relación laboral con anterioridad al 31 de Octubre del 2.014, y a abonarle los salarios dejados de percibir desde el 1 de Noviembre del 2.014 hasta que la readmisión tenga lugar, o a abonarle una indemnización de 2.392,31 euros, y absuelvo al Fondo de Garantía Salarial de los pedimentos de la demanda."



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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Entabla recurso de suplicación la parte actora frente a la sentencia que acoge de forma parcial su demanda de despido, declarando el mismo improcedente, con condena a hacer frente a las consecuencias derivadas del acto extintivo así calificado a la empleadora del actor, Jardinería Adaxka SL (en adelante Jardinería A).

La decisión de instancia acoge las excepciones de falta de legitimación pasiva de la UTE Donostialdea 2010 (formada por Campezo Obras y Servicios SA y Api Movilidad SA), y UTE Donostialdea 2014 (integrada por Mantenimiento de Infraestructuras SA y Serkom Gestión y Servicios Grupo Moiuva SL); en cuanto a la primera entidad empresarial el sustento de la excepción que aprecia el Juzgado descansa en que ha sido llamada a efectos meramente prácticos para conformar correctamente la relación procesal, sin interesar condena alguna frente a dicha UTE, en tanto que el soporte de la falta de legitimación pasiva de la UTE Donostialdea 2014 (en adelante UTE D 2014), viene dado por la inexistencia de la obligación de subrogar al actor en su plantilla.

El recurso de suplicación sostiene la obligación de subrogar al actor que tiene la UTE 2014 desde el punto de vista legal (art.44 ET), convencional (fundamentalmente por el Convenio Colectivo estatal de jardinería), y en virtud del pliego de condiciones técnicas de la contrata (cláusulas 15 y 42 del pliego administrativo), entidad a la que se ha adjudicado por la Diputación Foral de Guipuzkoa (DFG) las tareas de mantenimiento y conservación de las carreteras de la zona Donostialdea-Bidasoa, suscribiendo ambas partes el correspondiente contrato administrativo el 28 de octubre de 2014 (hechos probados decimo y decimosegundo), que se hizo cargo de los servicios de mantenimiento y conservación de las carreteras de la zona Donostialdea-Bidasoa el 1 de noviembre de 2014, asumiendo el mismo día a treinta y tres trabajadores de la UTE Donostialdea 2010 (UTE D 2010) que figuraban como subrogables en el pliego sin subrogar, sin embargo, a los trabajadores de Jardinería A, entre éstos el actor, empresa que había sido subcontratada por la UTE D 2010 en virtud de contrato mercantil de 8 de julio de 2010 para la realización de los trabajos de jardinería que también estaban incluidos en las tareas de mantenimiento y conservación de las carreteras de la zona Donostialdea-Bidasoa (hechos probados cuarto, quinto, sexto y noveno).

La condena judicial a Jardinería A se sustenta en que se trató de un despido verbal, carente por tanto de toda formalidad legal exigida que, ex art.55.1 ET , torna en improcedente el despido.

Se han presentado escritos impugnando el recurso por parte de las empresas que conforman la UTE D 2014 y la UTE D 2010.

SEGUNDO.- Con amparo formal en la letra b) del art.193 LRJS , propugna en primer término la revisión del hecho probado primero.

El citado ordinal indica que el actor venía prestando servicios para Jardinería A desde el 5 de junio de 2013, con la categoría profesional de auxiliar y un salario mensual de 1.535,17 euros, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias; pues bien, con apoyo en los partes de trabajo y en contrato de trabajo, interesa que se añada que "desde el principio de su relación laboral ha prestado servicios de forma exclusiva, continua e ininterrumpida en la contrata de conservación y mantenimiento de la red de carreteras Gipuzkoanas".

En realidad la adición interesada, como el propio recurrente señala, no es un hecho cuestionado en sentencia, que parte de la prestación de servicios del demandante en las tareas de la subcontrata llevada a cabo entre UTE D 2010 y Jardinería A, y esas labores eran las de desbroce y limpieza de las cunetas de las carreteras, poda de setos divisorios o de los distintos árboles, por lo que deviene irrelevante el complemento que, por lo demás, tiene debido apoyo en el contrato de trabajo suscrito por el demandante con Jardinería A.

TERCERO.- El motivo segundo, ya en sede de censura jurídica, denuncia la infracción del art.44 ET , sosteniendo que resulta de aplicación el precepto puesto que las tareas de mantenimiento y conservación de la red de carreteras gipuzcoanas han venido siendo adjudicadas por la Diputación a diferentes UTEs desde 1998, que han subcontratado a Jardinería A todos estos años (hecho probado quinto) para la realización de tareas de jardinería y limpieza de cunetas, prestando servicios el actor de forma exclusiva en esa contrata durante su relación laboral con Jardinería A, en un contexto en el que la UTE D 2014 ha sucedido a la UTE D 2010 asumiendo a 34 de los 35 trabajadores de esta segunda entidad, estando ante una sucesión de plantillas, puesto que el 76% de la adscrita a la contrata ha sido subrogada por la UTE 2014.

Este Tribunal en pleno no jurisdiccional celebrado al efecto, ha tratado sobre la cuestión que se plantea en el presente recurso de suplicación, tanto en el actual motivo impugnatorio como en los restantes, cuyo criterio obviamente vamos a seguir.



Así y respecto a la subrogación de la UTE D 2014 en los trabajadores que han prestado servicios en las tareas de jardinería y limpieza de cunetas que constituye el objeto propio de la contrata entre DFN y la UTE D 2014, en concreto de sus tareas del grupo II (ordinal cuarto de la sentencia), hemos descartado esa sucesión legal. En concreto, y remitiéndonos a las sentencias de 15 de septiembre de 2015, rec. 1287/2015 y rec.1392/2015 , afirmábamos en esta última que " *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; ", invocando la doctrina de la Sala Cuarta, 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.

De esta forma se adopta como unidad de referencia de la actividad de desbroce y limpieza de las cunetas, y al no haber contratado la UTE D 2014 a ninguno de los trabajadores de Jardinería A adscritos a esas tareas, no cabe apreciar la existencia de una sucesión de empresa en la modalidad de sucesión de plantillas, de forma que no ha quebrantado la sentencia recurrida el art. 44ET .

CUARTO.- El tercero de los motivos impugnatorios, también de crítica jurídica, invoca como quebrantados los arts.1 , 2 , 3 y 43 del convenio colectivo estatal de Jardinería y art.44.4 ET .

Defiende la aplicación del meritado convenio a la luz de su ámbito territorial y funcional, y conforme a la completa cláusula subrogatoria que contiene.

Motivo que vamos a acoger en línea también con la respuesta dada por la Sala en las sentencias mencionadas.

En la dictada en el rec. 1392/2015, tras recordar la a la doctrina jurisprudencial, plasmada en SSTs de 21 de abril y 19 mayo de 2015 (rec. 91/14 y 358/14), que, con base principalmente en lo dispuesto en el artículo 82.3 ET , 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, admiten no obstante 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 (SSTs 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).

Indicábamos en la meritada sentencia que " *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¿".

Solución que entendíamos reforzada porque 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, tratándose de trabajos pertenecientes al núcleo productivo, sin que su subcontratación por la primera pueda servir para que la segunda eluda el deber subrogatorio establecido en la norma convencional aplicable a la actividad desarrollada por la subcontrata, de manera que 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 al margen del pliego de condiciones administrativas, no siendo posible, en fin, inaplicar el convenio sectorial de jardinería, por el hecho de que su antecesora hubiese subcontratado esas labores.

Razonábamos también que la facultad de subcontratar o no parte de las tareas adjudicadas (siempre con el límite del 50 % establecido en el contrato administrativo), no puede significar que se desentienda de los trabajadores que realizaban parte de esas labores regidos por un convenio colectivo que pretende no aplicar cuando su art. 2 le alcanza.

Resulta de aplicación el art.43 del convenio colectivo de estatal de Jardinería, que impone absorber el personal 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 (¿.)".

Apreciábamos que la situación tiene perfecto encaje en la norma paccionada al concurrir los presupuestos que establece el convenio colectivo para que opere la subrogación, pero también opera la misma por la vía de las condiciones impuestas en el pliego administrativo de la contrata, en concreto de sus cláusulas 15 y 42, como defiende el motivo impugnatorio cuarto del recurso.

La cláusula 15 del pliego de prescripciones técnicas particulares reconoce que el adjudicatario del contrato está obligado a subrogarse en la contratación de personal que formaba parte de las contrataciones anteriores que de forma continuada e ininterrumpida han prestado ese servicio, en tanto que la estipulación 42 del mismo, refleja 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 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".

Estas estipulaciones (como decíamos en la sentencia dictada en el rec.1392/2015), deben relacionarse con la posibilidad de subcontratación reconocida en el pliego del año 2010, y con la identidad del objeto de los servicios adjudicados en 2014, de forma 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 concertado,



encomendando determinadas parcelas de las operaciones de cuya ejecución era responsable a terceras empresas.

No otorgábamos relevancia en este sentido al anexo del pliego de condiciones -en el que figura el listado nominativo de trabajadores a subrogar-, subrayando al efecto que *"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)"*.

En consecuencia, y desprendiéndose de la sentencia (hechos probados decimoprimer, decimotercero y decimocuarto) que Jardinería A. cumplió con las obligaciones informativas y documentales que le eran exigibles en orden a la subrogación de sus trabajadores por parte de la nueva concesionaria, la UTE D 2014, procede estimar el recurso de suplicación, ratificando la sentencia en orden a la declaración como despido improcedente del sufrido por el actor el 31 de octubre de 2014 pero por falta de subrogación al demandante de la UTE D 2014, como debió hacer conforme al convenio colectivo estatal de Jardinería y el pliego administrativo de condiciones técnicas de la contrata, condenando a la UTE a las consecuencias del despido así declarado.

QUINTO.- La estimación del recurso de suplicación, impide la condena en costas (art.235 LRJS).

FALLAMOS

Se **estima** el recurso de suplicación interpuesto por Don Luis Andrés contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de San Sebastián de fecha 16-4-15, dictada en los autos nº 858/14, seguidos por el citado recurrente contra API MOVILIDAD S.A., CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.A., DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA, FONDO DE GARANTIA SALARIAL, JARDINERIA ADAXKA S.L., MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A., SERKOM GESTION Y SERVICIOS GRUPO MOYUA S.L., UTE DONOSTIALDEA 2010 y UTE DONOSTIALDEA 2014. Se revoca la sentencia, y manteniendo la declaración de improcedencia del despido, se **condena** a la UTE Donostialdea 2014 y a las empresas Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. y Serkom Gestión y Servicios Grupo Moyua, S.L. que la integran, a las consecuencias del despido así declarado, por lo que a su opción y en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de la sentencia -opción que habrá de efectuarse ante esta Sala mediante comparecencia ante el Sr. Secretario o mediante escrito dirigido a la Sala que tenga entrada en ese plazo- le readmita en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían la relación con anterioridad al despido con abono de salarios de tramitación desde el día siguiente al despido a razón de 50,53 euros diarios y hasta la notificación de esta sentencia, o le abone una indemnización de 2.392,31 euros, entendiéndose que de no optar por la indemnización lo hace por la readmisión. Se absuelve a las restantes demandadas de las consecuencias del despido así declarado. 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/la Ilustre Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

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

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que



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

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- 66-1551-15.

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 4699-0000-66-1551-15.

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.