



Roj: **STSJ PV 3252/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:3252**

Id Cendoj: **48020340012015101869**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2015**

Nº de Recurso: **1661/2015**

Nº de Resolución: **1901/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1661/2015

N.I.G. P.V. 20.05.4-14/004320

N.I.G. CGPJ 20.053.44.2-0140/004320

SENTENCIA Nº: 1901/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a trece de octubre de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D.EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En los recursos de suplicación interpuestos por **D. Amadeo y JARDINERIA ADAXKA S.L.**, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número cinco de los de Donostia-San Sebastián, de fecha dieciséis de marzo de dos mil quince, dictada en los autos núm. 881/14, sobre Despido (DSP), en el que también han sido parte **UTE DONOSTIALDEA 2010 (API MOVILIDAD S.A. y CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.A.)**, y **UTE DONOSTIALDEA 2014 (MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A. y SERKOM GESTION Y SERVICIOS GRUPO MOYUA S.L.)**.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA, que 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:

1).- El demandante ha venido prestando sus servicios para la empresa Jardinería Adaxka SL, con la categoría profesional de auxiliar, antigüedad desde el día 22/04/2013 y percibiendo un salario de 1.601,08€ mes con la inclusión de la prorrata de pagas extras.

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



2).- La UTE Donostialdea 2010, compuesta por las empresas Campezo de Obras y Servicios SA, API Movilidad SA resultó ser la empresa adjudicataria por la Diputación Foral de la contrata de servicios de ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las carreteras de la red de interés preferente y básica de la comarca de Donostialdea y Bidasoaldea (zona DB) del Territorio Histórico de Gipuzkoa, licitado por la Diputación Foral de Gipuzkoa. Esta UTE subcontrató con la empresa demandada Jardinería Adaxka SL la realización de trabajos concretos en los que prestó servicios el demandante.

3).- Con fecha de 31/10/2014 finaliza la contrata señalada con anterioridad y con fecha de 0/11/2014 la UTE Donostialdea 2014 formada por las empresas Mantenimiento de Infraestructuras SA, Serkom Gestión y Servicios Grupo Moyua SL se adjudicó la contrata de servicios de ejecución de diversas operaciones de conservación de las carreteras de la red de interés preferente y básica y de las vías ciclistas de las comarcas de Donostialdea y Bidasoaldea (zona BD) de la provincia de Gipuzkoa, licitado por la Diputación Foral.

4).- Con fecha 31/10/2014 Jardinería Adaxka SL comunica a el demandante la finalización de forma verbal de la relación laboral como consecuencia de la subrogación de su contrato de trabajo por la nueva adjudicataria de la contrata administrativa que hasta ese momento ostentaba UTE Donostialdea 2010.

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

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

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

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

9).- Se ha acreditado al celebración del intento de conciliación.

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Que debo estimar la demanda promovida por Amadeo frente a Jardinería Adaxka SL, y declarando su despido como improcedente, condeno a la demandada a que opte en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia entre la readmisión del demandante o el abono de la indemnización de 2.788,06 €, con pago, en el caso de que opte por la readmisión, de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia.

TERCERO.- Contra dicha sentencia, el actor y Jardinería Adaxka SL interpusieron recursos de suplicación separados; el primero, fue impugnado por las representaciones procesales comunes de UTE Donostialdea 2010 y de las dos sociedades que la integran y de UTE Donostialdea 2014 y las sociedades que la conforman y el segundo por esta última.

CUARTO.- Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 17 de septiembre de 2015, fecha en la que se emitió diligencia de ordenación acordando la formación del rollo correspondiente y la designación de Magistrado-Ponente.

QUINTO.- Con fecha 28 de septiembre de 2015 se dictó providencia señalando, para la deliberación y fallo del asunto, la audiencia del día 6 del siguiente mes, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para una adecuada comprensión de las cuestiones que plantean los recursos de suplicación sometidos a la consideración de la Sala, conviene tener presentes los antecedentes fácticos que resultan de interés en orden a su resolución:

1) 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.



- 2) En el mes de junio de 2010, la Diputación encomendó la realización de las citadas 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.
- 3) El día siguiente, la concesionaria subcontrató a Jardinería Adaxka SL la ejecución de los trabajos de desbroce y limpieza de las cunetas.
- 4) Últimamente, la subcontratista realizaba esos cometidos con una plantilla de once trabajadores, entre los que figuraba el actor,
- 5) El contrato administrativo anteriormente reseñado finalizó el 31 de octubre de 2014, y tres días antes la Diputación concertó otro con UTE Donostialdea 2014, 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.
- 6) Con fecha 31 de octubre de 2014, Jardinería Adaxka SL comunicó de manera verbal al actor la finalización de la relación laboral como consecuencia de la subrogación de su contrato de trabajo por la nueva adjudicataria de la contrata administrativa.
- 7) El día 3 de noviembre de 2014, UTE Donostialdea 2014 instó al demandante, y a sus 10 compañeros a abandonar el lugar de trabajo.

A la vista de los hechos que anteceden, la sentencia de instancia ha calificado de despido improcedente la decisión adoptada por Jardinería Adaxka SL y ha absuelto a las codemandadas y en particular a UTE Donostialdea 2014 por no encontrar encaje el supuesto enjuiciado en el regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y tampoco en el artículo 43 del convenio colectivo estatal de jardinería, ni resultar aplicable a los trabajadores de la subcontratista la obligación de subrogación prevista en la cláusula 15 del pliego de prescripciones técnicas particulares elaborado por la Diputación Foral de Gipuzkoa.

SEGUNDO.- Contra el expresado pronunciamiento se alzan en suplicación tanto la empresa condenada como el trabajador demandante con la finalidad común de que manteniendo la calificación de improcedencia del despido se atribuya la responsabilidad a UTE Donostialdea 2014.

Para los recurrentes, la subrogación de dicha UTE en la posición de empleador deriva de un triple título jurídico, legal, convencional sectorial, y contractual. En cuanto al primero, sostienen que se ha producido una sucesión empresarial, en la modalidad de sucesión de plantillas, susceptible de ser encuadrada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en la medida que la UTE Donostialdea 2014 ha asumido a 33 de los 34 empleados que ocupaba la UTE que le precedió en la encomienda, y a ninguno de los 11 que integraban la plantilla de la subcontratista, cuya actividad se basaba de forma esencial en el empleo de mano de obra. En segundo término, entienden aplicable la cláusula de subrogación obligatoria contenida en el artículo 43 del convenio colectivo estatal de jardinería para los años 2013 y 2014 (BOE 20-7-13), sin que a ello sea óbice que la nueva UTE esté sujeta al convenio colectivo de la construcción de Gipuzkoa, al estar obligada a respetar la norma pactada por la que se rigen los trabajadores de la subcontrata al tiempo del cambio. Finalmente, estima que la expresada obligación dimana también de lo establecido en la cláusula 15 del pliego de prescripciones técnicas particulares elaborado por la Diputación Foral de Gipuzkoa.

La cuestión planteada ya ha sido abordada y resuelta por la Sala, conociendo de las demandas de despido formuladas por otros compañeros de trabajo del actor con base en los mismos hechos y fundamentos, en recientes sentencias de 15 y 22 de septiembre de 2015 (Rec. 1287/15, 1392/15, 1420/15, 1452/15, 1480/15 y 1513/15). Deviene, pues, obligado, por elementales razones de coherencia y seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley, reiterar los razonamientos que la primera de las referidas sentencias contiene.

I.- *"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 contratas, 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.

II.- 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. Sucede, 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.

III.- 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 trabajadores y/o trabajadoras 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 contratadas" (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.

TERCERO.- En aras del derecho a la tutela judicial efectiva y a fin de no dejar sin respuesta los alegatos vertidos por UTE Donostialdea 2014 en los escritos de impugnación de los recursos, cabe indicar que la vía utilizada por Jardinerías Adatxa SL para comunicar al actor su baja en la plantilla de la empresa no le exime en modo alguno de responsabilidad. Y ello dado que la forma escrita sólo resulta preceptiva e inexcusable cuando el empresario acuerda un despido disciplinario, cuyas causas ha de explicitar necesariamente por escrito, según preceptúa el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores al objeto de que el afectado tenga cumplido conocimiento de ellas y pueda ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, y que lo que notificó Jardinería Adaxka S.L. al demandante no fue su cese por razones disciplinarias, sino la finalización de la relación que mantenían por cambio del sujeto empleador, esto es la novación subjetiva del contrato de trabajo, permaneciendo vigente el mismo. En consecuencia, y en defecto de previsión legal al respecto, la falta de forma escrita no invalida una decisión que, en principio, no manifiesta despido. Y ello, aunque como aquí sucede el sujeto identificado como nuevo empresario se niegue a incorporar al trabajador a su plantilla. En tal hipótesis, si en sede judicial se determina finalmente que no opera el mecanismo de la subrogación, la decisión adoptada por la empresa saliente quedara desprovista de justa causa y entrañara un despido improcedente, pero no por razones formales, sino de fondo.

A los mismos efectos señalados en el párrafo precedente procede rechazar la revisión fáctica propuesta por el actor en su recurso cuya procedencia no se desprende de manera clara e inequívoca de los documentos designados y carece de trascendencia para la decisión del recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho, procede acoger los recursos objeto de estudio y revocar la sentencia de instancia en lo que respecta al sujeto que debe hacer frente a las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido, que, conforme a lo razonado, han de atribuirse a UTE Donostialdea 2014, con la consecuencia de absolver a Jardinerías Adaxka SL de los pedimentos de la demanda y establecer los siguientes pronunciamientos accesorios: a) la devolución, una vez firme esta resolución, del depósito de 300 euros y del aval prestado; y, b) no ha lugar a imponerle las costas causadas en esta fase (artículos 203 y 235 de la Ley de esta Jurisdicción).

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimamos los recursos de suplicación interpuestos por D. Amadeo y Jardinería Adaxka, SL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Donostia, de fecha 16 de marzo de 2105, que se revoca en el sentido de que la condena afecta exclusivamente a UTE Donostialdea 2014, que deberá estar a lo que en el fallo se dice, y de absolver a Jardinería Adaxka, SL de las pretensiones deducidas en su contra, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia.

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. Reintégrese, entonces, a la empresa recurrente el depósito de 300 euros y el aval prestado.



Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, 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 4699-0000-66-1661-15.

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 4699-0000-66-1661-15.

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.