

BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

Sentencia 1635/2015, de de 15 de septiembre de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 1392/2015

SUMARIO:

Transmisión de empresa. Contratas y subcontratas. Sucesión de Contratas. *Adjudicaciones sucesivas, por una Administración Foral, de contratos de servicios de ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de las carreteras de la red de interés preferente y básica, en determinadas comarcas. Subcontratación por la primera adjudicataria de la ejecución de algunos de los trabajos encomendados. Negativa de la segunda adjudicataria a subrogarse en el contrato de un trabajador de la subcontratista, aduciendo que el convenio colectivo aplicable a la misma (jardinería), y que prevenía la subrogación empresarial, no era aplicable a la nueva contratista, que se regía por otro distinto (construcción). Identificación de la unidad y entidad de la empresa objeto de transmisión. Consideración como unidad de referencia la actividad de desbroce y limpieza de las cunetas. A pesar de la existencia de una doctrina jurisprudencial según la cual un 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, no obstante, esa doctrina ha sido excepcionada al admitirse 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, a cualquier empresa que aspire a obtener una contrata al margen del convenio por el que se rija. A lo que debe añadirse que ese mismo efecto subrogatorio se produce en relación con los trabajadores de una subcontratista del anterior adjudicatario, con el fin de protegerlos frente a actuaciones abusivas o fraudulentas, como la que supone asumir un servicio a cambio de un precio en el que están 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 (jardinería), pero sin aplicar tampoco la cláusula subrogatoria del convenio colectivo que le es aplicable (construcción).*

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 44 y 82.3.

PONENTE:

Don Emilio Palomo Balda.

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1392/2015

N.I.G. P.V. 20.05.4-14/004326

N.I.G. CGPJ 20.053.44.2-0140/004326

SENTENCIA Nº: 1635/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a quince de septiembre de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por la/os ltma./os. Sra./es. D^a GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D. EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por UTE DONOSTIALDEA 2014 , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de los de Donostia-San Sebastián, de fecha trece de abril de dos mil quince , dictada en los autos núm. 861/14 , seguidos a instancia de D. Ezequiel frente a la ahora recurrente y las sociedades que la integran, - MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS S.A., SERKOM GESTION Y SERVICIOS GRUPO MOYUA S.L. - , JARDINERIA ADAXKA S.L., UTE DONOSTIALDEA 2010 y las entidades que la constituyen - API MOVILIDAD S.A., y AMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.A.-, y la DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA , sobre Despido (DSP).

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, D. Ezequiel , 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 04/07/2006 y percibiendo un salario de 1.732,36 euros mensuales con inclusión de la prorrata de pagas extras. Siendo aplicable a la relación laboral el Convenio colectivo de Jardinería.

2).- 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 (folios 176 y ss).

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

4).- 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 a los folios, 843 a 849, de ellos 11 trabajadores, (entre ellos el actor, al folio 842), 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 918 y siguientes).

El actor ya fue contratado en fecha 04/07/2006 identificándose en la cláusula sexta como objeto del contrato acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en el mantenimiento de diversas zonas verdes en carreteras de Guipúzcoa, siendo aplicable el convenio de jardinería convirtiéndose la relación laboral en indefinida con fecha 01/07/2007.(folios 929 y 930). Además, y con anterioridad, ha venido trabajando en tareas de limpieza y desbroce de cunetas para otras UTES, y en concreto para UTE GOIERRIALDEA, hasta noviembre de 2013(f. 716).

5).- 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- existentes 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).

6).- 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).

7).- 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) (folio 425), 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 Pedro 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.

8).- 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.

9).- 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.

10).- En fecha 18/12/2014 tuvo lugar el acto de conciliación con el resultado de sin avenencia (F 55).

Segundo.

La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Que estimando parcialmente la demanda deducida por Ezequiel 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 SERKOM 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 SERKOM 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 57,75 euros 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 19.647,85 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 sentencia, la empresa condenada interpuso recurso de suplicación, que fue impugnado por el actor, la empresa Jardinería Adaxka SL y la representación procesal de UTE Donostialdea 2010 y las sociedades que la integran.

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 15 de julio de 2015, fecha en la que se emitió diligencia de ordenación acordando la formación del rollo correspondiente y la designación de Magistrado-Ponente.

Quinto.

Por providencia de 20 de julio de 2015 se señaló, para la deliberación y fallo del asunto, la audiencia del 8 de septiembre siguiente, en que tuvo lugar, sometiéndose, el siguiente día 15, a la consideración de todos los Magistrados que integran el Tribunal, reunidos en Pleno no jurisdiccional convocado al efecto,.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Se impugna, en el presente recurso de suplicación, la sentencia a virtud de la cual el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Donostia ha declarado que la decisión adoptada por la nueva adjudicataria del contrato administrativo de servicios para la conservación y explotación de las carreteras y vías ciclistas de las comarcas de Donostialdea y Bidasoaldea, de no hacerse cargo del trabajador demandante que, hasta el 31 de octubre de 2014 venía realizando, en las susodichas demarcaciones, tareas de desbroce y limpieza de las cunetas por cuenta de la empresa Jardinería Adaxka S.L., subcontratada por la anterior concesionaria para llevar a cabo tales labores, constituye un despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes.

Para la Magistrada autora de la resolución cuestionada, la subrogación de la actual adjudicataria en la posición de empleador deriva de un triple título jurídico, legal, convencional sectorial y contractual. En lo tocante al primero, aprecia la existencia de 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 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, en lo esencial, en el empleo de mano de obra.

En segundo término, entiende 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 paccionada por la que, al tiempo del cambio, se rigen los trabajadores de la subcontrata.

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.

Segundo.

Frente al expresado pronunciamiento, la representación procesal de la entidad vencida esgrime catorce motivos de impugnación, de los que once los formula al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y, los tres restantes, de la letra c) de ese mismo precepto. En aras de una mayor claridad expositiva, procederemos a su estudio agrupándolos, en atención a la temática sobre la que versan, en tres grandes bloques que se corresponden con los diferentes asideros argumentales de los que se sirve la UTE para solicitar su absolución.

* Como primer punto de apoyo, afirma que antes de que se hiciese efectivo el cambio de empresa adjudicataria, el actor fue despedido verbalmente por Jardinería Adaxka S.L., decisión de cuyas consecuencias debe responder exclusivamente dicha empresa, lo que impide analizar la procedencia de la subrogación en un contrato de trabajo previamente extinguido.

* En segundo término, niega que la adjudicación del servicio por parte de la Diputación Foral de Gipuzkoa, comporte la existencia de un fenómeno subrogatorio por cualquiera de las vías a las que alude el órgano "a quo". Para respaldar su tesis, el Letrado de la UTE despliega un amplio elenco de argumentos que, lejos de configurarse como compartimentos estancos, aislados entre sí, presentan un elemento de conexión ¿ el recurso, por la anterior adjudicataria, a la figura de la subcontratación para la cobertura de los trabajos de desbroce y limpieza de las cunetas -, al que otorga singular importancia, lo que aconseja su exposición conjunta, sin perjuicio de su ulterior análisis diferenciado.

* La tercera línea de fuerza discursiva que se descubre en el recurso, aunque la UTE no la desarrolle en un motivo separado, se basa en la idea de que la actuación seguida por Jardinería Adaxka SL, y la pretensión deducida por el actor en la demanda rectora de autos, atentan contra los principios de buena fe, respeto a los actos propios e interdicción del abuso de derecho, e incurrir en fraude de ley. Aduce al efecto que Jardinería Adaxka SL venía asumiendo pacíficamente que al finalizar la adjudicación realizada a favor de las UTEs responsables de la conservación de las diferentes carreteras por parte de la Diputación Foral, y, por ende, se extinguían las correspondientes subcontratas, le correspondía asumir al personal adscrito a las mismas, a la espera de obtener nuevos encargos, y que el demandante ha entendido en todo momento que estaba integrado en Jardinería Adaxka SL, sin plantearse la posibilidad de incorporarse a la plantilla de las diferentes concesionarias.

Tercero.

Una vez delimitado someramente el contenido y fundamento del recurso, nos centraremos en el primer hilo argumental que enhebra la parte recurrente en pro de su la revocación del fallo que le grava. Pone el énfasis en que al comunicar al actor el 29 de octubre de 2014 que el último día de ese mes se extinguiría la relación por subrogación de la nueva adjudicataria, Jardinería Adaxka S.L. lo hizo de manera verbal, incurriendo en un defecto formal que vició de improcedencia el despido, lo que determina que la responsabilidad deba recaer en exclusiva sobre ella, sin que proceda abordar los acontecimientos acaecidos con posterioridad al 31 de octubre de 2014. Así lo sostiene el Letrado de la UTE en el primer motivo de los dedicados a la censura jurídica de la sentencia de la que disiente, citando como infringidos los artículos 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores .

Este planteamiento carece de consistencia y debe ser desestimado. Ante todo, en el ordinal octavo de la relación de probanzas no se afirma que la notificación se produjese de manera oral, y la recurrente no ha intentado introducir ese dato por la única vía hábil a tal fin. En todo caso, y como figura en la rúbrica del artículo 55 del Texto legal invocado, la forma escrita sólo resulta preceptiva e inexcusable cuando el empresario acuerda un despido disciplinario, cuyas causas ha de explicitar necesariamente por escrito al objeto de que el afectado tenga cumplido conocimiento de ellas y pueda ejercitar adecuadamente su derecho de defensa. Pues bien, 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, manteniendo su vigencia. 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 el sujeto identificado como nuevo empresario se negase a incorporar al trabajador a su plantilla, pues en el caso de que se finalmente dictamine que no debía entra en juego el mecanismo de la subrogación, la decisión adoptada por Jardinería Adaxka S.L. quedara desprovista de justa causa y entrañara un despido improcedente, pero no por razones formales, sino de fondo.

Cuarto.

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 contratados, 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 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 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.

Sexto.

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 ordinal decimotercero 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 accesoria", 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.

Séptimo.

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 contratos 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 .

Octavo.

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 contrataciones" (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.

Noveno.

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. Leoncio, 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.

Décimo.

A tenor de lo prevenido en los artículos 204, apartados 1 y 4, y 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por quien, como la UTE codemandada, no goza del beneficio de justicia gratuita, trae consigo que, una vez firme esta resolución, haya de perder el depósito legal, en beneficio del Tesoro Público, y la aplicación de la cantidad consignada al cumplimiento del fallo de la sentencia de instancia, así como la condena al pago de las costas causadas por su recurso, concretadas en los honorarios devengados por los Letrados que redactaron los escritos de impugnación, cuya cuantía fijamos en la parte dispositiva atención a su contenido y a las características del litigio.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por, UTE DONOSTIALDEA 2014, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Donostia, de fecha 13 de abril de 2015, dictada en proceso de Despido, confirmando lo resuelto en la misma

Se decreta la pérdida del depósito de 300 euros constituido por la sociedad codemandada para recurrir, en beneficio del Tesoro Público, en donde se ingresara una vez sea firme esta resolución. Aplíquese, entonces, al cumplimiento de la sentencia la cantidad de condena consignada.

Se impone a la demandada la obligación de abonar 400 euros a cada uno de los Letrados Sres. Illarreta Isasa, Oroz Nuin, y Donezar Diaz de Ulzurrun, en concepto de honorarios profesionales por la redacción de los escritos de impugnación del recurso.

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 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- 66-1392-15.

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 4699-0000-66-1392-15.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.