

SENTENCIA Nº 165/2023

En Málaga, a nueve de mayo de dos mil veintitrés.

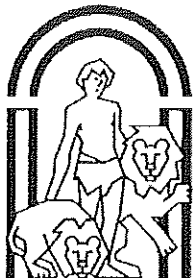
Vistos por SS^a Ilma. D^a María del Rosario Muñoz Enrique, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social número 10 de los de Málaga y su provincia, los presentes autos número 622/22, seguidos a instancias de [REDACTED] contra el Ayuntamiento de Málaga, y contra las empresas Covico 2015, S.L, Grupo Raga, S.A.U, Raga Medio Ambiente, S.A, Talher, S.A, Althenia, S.L. y Naxfor Ingeniería e Infraestructuras, S.L, habiendo sido citado el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantía Salarial, sobre DESPIDO, en nombre de S.M. el Rey, dicta la sentencia de la que son,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 30 de junio de 2022 tuvo entrada en este Juzgado demanda suscrita por la parte actora, en la que después de alegar los Hechos y Fundamentos legales que estimó procedentes a su derecho, suplicó se dictase sentencia de conformidad a sus pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y señalado día y hora para la celebración del juicio, el mismo se celebró con la comparecencia de ambas partes. Abierto el juicio, la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda, con las aclaraciones pertinentes. Contestada la demanda por la parte contraria, fueron practicadas las pruebas propuestas, previamente admitidas. A continuación, evacuado el trámite de conclusiones, según consta en acta levantada, quedaron los autos a la vista para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.



HECHOS PROBADOS

1º [REDACTED] con DNI [REDACTED] ha prestado servicios por cuenta de la empresa Covico 2015, S.L. (CIF B-93174944), dedicada a la actividad de construcción, desde el 1 de septiembre de 2017 hasta el 15 de mayo de 2022, en virtud de una relación laboral indefinida a jornada completa, con la categoría profesional de oficial segunda fontanero, percibiendo un salario diario bruto de 47,94 €, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

2º La relación laboral se formalizó mediante la suscripción de un contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado el 1 de septiembre de 2017, en el que se hizo constar como causa "Parques y jardines Málaga"; la relación laboral se convirtió en indefinida el 4 de noviembre de 2021 -folios 214 a 223 y 899 a 904-.

3º El expediente nº 9/16 para la conservación y mantenimiento de zonas verdes y arbolado viario, zonas forestales, parques infantiles y aparatos biosaludables e infraestructuras hidráulicas del Ayuntamiento de Málaga se dividió en 5 lotes: lote 1: zonas verdes distritos nº 1 y jardines emblemáticos de la ciudad, nº 2, nº 6 y nº 7; lote 2: zonas verdes distritos nº 3, nº 4, nº 5, nº 8, nº 9, nº 10 y nº 11; lote 3: zonas forestales y parcelas municipales; lote 4: áreas de juegos infantiles y equipos biosaludables; lote 5: infraestructuras hidráulicas. El pliego de prescripciones técnicas obra a los folios 306 a 555 y 838 a 885. El pliego de condiciones económico administrativas obra a los folios 560 a 579 y 817 a 837.

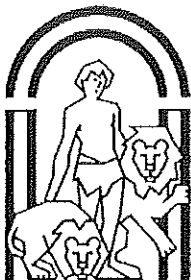
4º El anterior contrato fue adjudicado a las siguientes empresas: lote 1: Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. (CIF A-28037224); lote 2: Conservación Asfalto y Construcción, S.A. (CIF A-29261260); lote 3: Perica Obras y Servicios, S.A. (CIF A-26022657); lote 4: Contenor, S.L. (CIF B-82806738); lote 5: Covico 2015, S.L. (CIF B-93174944) - folios 886 a 994 y 1240 a 1244-. Los contratos administrativos suscritos entre el 7 y el 10 de agosto de 2017 obran a los folios 579 a 586.

5º El actor prestó servicios como fontanero en la ejecución del lote 5 que fue adjudicado a su empleadora Covico 2015, S.L. iniciando la



prestación de servicios el 1 de septiembre de 2017 -folio 924-; la empresa tenía adscritos al servicio 8 trabajadores: 3 fontaneros, 1 técnico, 3 peones y 1 auxiliar administrativo -folio 783-. El actor trabajó en todos los distritos como trabajador itinerante y en los últimos cuatro meses prestó servicios fundamentalmente en el distrito nº 6.

6º El expediente nº 46/21 para la conservación, mantenimiento y mejora de la infraestructura verde de la ciudad de Málaga se dividió en 7 lotes: lote 1: espacios ajardinados y arbolado viario situados en los jardines históricos y emblemáticos de la ciudad de Málaga, estos espacios verdes se concentran en los distritos nº 1 y nº 6, exceptuando el jardín histórico finca la Cónsula que se ubica en el distrito nº 8 Churrana; lote 2: espacios ajardinados y arbolado viario situados en los distritos nº 1, excluidos los jardines históricos y emblemáticos, nº 2, nº 3 y nº 5, en este lote se incluyen las zonas verdes de los colegios de educación infantil, primaria y permanente y edificios oficiales municipales de los distritos nº 1, nº 2, nº 3 y nº 5; lote 3: espacios ajardinados y arbolado viario situados en los distritos nº 4, nº 6 y nº 11, en este lote se incluyen las zonas verdes de los colegios de educación infantil, primaria y permanente y edificios oficiales municipales de los distritos nº 4, nº 6 y nº 11; lote 4: espacios ajardinados y arbolado viario situados en los distritos nº 7, nº 8, nº 9 y nº 10, en este lote se incluyen las zonas verdes de los colegios de educación infantil, primaria y permanente y edificios oficiales municipales de los distritos nº 7, nº 8, nº 9 y nº 10; lote 5: parques forestales y naturales periurbanos de la ciudad de Málaga (vegetación riparia, costero-dunar) así como una relación de parcelas de titularidad municipal, dichos parques son aquellos espacios verdes cubiertos total o parcialmente por especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas espontáneas o procedentes de siembras o plantaciones que no son de carácter agrícola, las parcelas municipales son espacios sin ajardinar, cubiertas de vegetación adventicia, ruderal o espontánea, arbustos y árboles; lote 6: comprende la inspección, limpieza, mantenimiento (preventivo y correctivo), restauración y sustitución de los elementos instalados en la totalidad de las áreas de juegos infantiles y los elementos biosaludables ubicados en las zonas públicas de competencia municipal; lote 7: comprende la prestación de asistencia técnica en la realización de auditorías de inspección y trabajos de mejora en las infraestructuras hidráulicas para el suministro de agua no potable. El pliego de prescripciones técnicas obra a los folios 587 a 678, 785 a 816, 988 a 1045, 1245 a 1332 y 1622 a 1653-. El pliego de



condiciones económico administrativas obra a los folios 678 a 715, 750 a 779 y 1345 a 1376-. En el Anexo 3 del pliego de prescripciones técnicas consta la relación de personal sujeto a subrogación con todos los datos identificativos de la relación laboral (iniciales trabajador o nº agente, categoría, tipo de contrato, antigüedad, jornada, retribuciones, cotizaciones, ...) según información aportada por los adjudicatarios del expediente 9/16, figurando el actor en la relación suministrada por la adjudicataria del lote 5 del expediente 9/16, Covico 2015, S.L, con todos los datos relativos a la relación laboral -folios 782 a 784 y 1571 a 1579-.

7º El anterior contrato fue adjudicado a las siguientes empresas: lote 1: Gruporaga, S.A (CIF A-28317543); lote 2: Talher, S.A. (CIF A-08602815); lote 3: Althenia S.L.U. (CIF B-92445493); lote 4: Raga medioambiente, S.A. Sociedad Unipersonal (CIF A-4158625); lote 5: Perica Obras y Servicios, S.A. (CIF A-26022657); lote 6: Contenur, S.L. (CIF B-82806738); lote 7: Naxfor Ingeniería e Infraestructuras, S.L. (CIF B-92827476) -folios 1064 a 1078, 1339 a 1344, 1554 a 1555 y 1654 a 1674-. Los contratos administrativos suscritos el 12 y el 13 de mayo de 2022 obran a los folios 716 a 726.

8º La prestación de servicios por las nuevas adjudicatarias se inició el 16 de mayo de 2022. Ninguna empresa se subrogó en la relación laboral del actor, quien fue dado de baja en la Seguridad Social por la anterior adjudicataria del lote 5 el 15 de mayo de 2022 -folio 923-.

9º En respuesta a una cuestión planteada antes de la adjudicación del expediente 46/21 por una aspirante en el procedimiento en relación con la vinculación de los trabajadores con los distintos lotes de los expedientes 9/16 y 46/21, se respondió a través de la plataforma de contratación en fecha 28 de mayo de 2021 en los siguientes términos:

"El expediente de mantenimiento actual cuenta con 5 lotes y, teniendo en cuenta la documentación aportada por las empresas adjudicatarias, disponen del número de trabajadores a subrogar que se expone a continuación:

Lote 1 (Expte. 9/16): Zonas verdes Distritos nº 1, 2, 6, 7: 123.

Lote 2 (Expte. 9/16): Zonas verdes Distritos nº 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11: 90.

Lote 3 (Expte. 9/16): Zonas forestales: 10.

Lote 4 (Expte. 9/16): Parques infantiles y biosaludables: no cuenta con personal subrogable.



Lote 5: Infraestructura hidráulica: 8.

Por ello las empresas adjudicatarias del nuevo contrato (Expte. 46/21) estarían obligadas a subrogar según lo establecido a continuación:

Lotes 1, 2, 3, 4 (Expte. 46/21) zonas verdes: 123 trabajadores del actual lote 1 más 90 trabajadores del actual lote 2 más 3 fontaneros del actual lote 5 (figuran en la documentación aportada por la actual adjudicataria como personal a cargo de las labores de mantenimiento y maniobra de la infraestructura hidráulica) cuyas labores han sido traspasadas a los nuevos lotes 1, 2, 3, 4 del expediente 46/21.

Lote 5 (Expte. 46/21) zonas forestales: 10 trabajadores del actual lote 3.

Lote 6 (Expte. 46/21): No tiene personal a subrogar.

Lote 7 (Expte. 46/21): 5 trabajadores del actual lote 5.

Asimismo, en el apartado 5.3 del anejo 0 del Pliego de Prescripciones Técnicas del Expte. 46/21, se establece que la plantilla mínima a adscribir por parte de los adjudicatarios de los lotes de zonas verdes será:

Lote 1: 40 trabajadores.

Lote 2: 47 trabajadores.

Lote 3: 60 trabajadores.

Lote 4: 69 trabajadores.

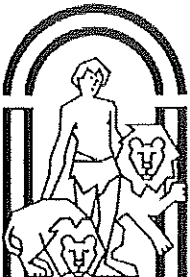
Resultando la suma de todos ellos un total de 216 trabajadores lo que concuerda con la suma de los 123+90+3 que se ha expuesto anteriormente.

...

Los fontaneros subrogables del actual lote 5, figuran expresamente indicados por su categoría laboral ya que solo hay 3 en el listado. En cuanto a su ubicación en los futuros lotes, dependerá del acuerdo que se establezcan entre las empresas entrantes para el reparto proporcional y equitativo de la plantilla ..." -folios 301, 732 y 1333-.

10º En fecha 9 de febrero de 2022, en el expediente 46/21, en relación con el lote 2, por el Servicio de Contratación y Compras del Ayuntamiento, se requirió a la adjudicataria Talher, S.A. la presentación de documentación -folios 735 a 737-.

11º En febrero de 2022 por las adjudicatarias del expediente 46/21 se declaró de forma responsable que conocían la información contenida en el anejo 3 adjunto al Pliego de condiciones técnicas relativo



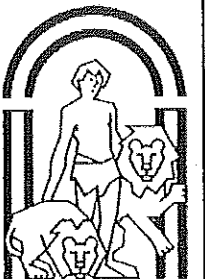
a la subrogación del personal que presta los servicios objeto de contratación mediante este expediente -folios 738 a 741-.

12º El 13 de mayo de 2022 Covico 2015, S.L. comunicó por correo electrónico al grupo Sando la obligación de subrogación del actor, adjuntando documentación de su relación laboral -926 y 927-.

13º El 12 de mayo de 2022 Covico 2015, S.L. comunicó mediante correo electrónico dirigido a grupo Sando, Gruporaga, Althenia, Raga Medio Ambiente y Thaler, con copia al Ayuntamiento de Málaga, la obligación de subrogación del personal adscrito al lote 5 del expediente 9/16 por las adjudicatarias del expediente 46/21 y que algunas de estas empresas se habían negado a subrogar a los fontaneros que estaban adscritos al lote 5 del expediente 9/16 -folios 926, 927, 1084, 1085, 1226 a 1228 y 1472 a 1474-. El Ayuntamiento respondió mediante correo electrónico de 13 de mayo de 2022 -folio 1086-. El 16 de mayo de 2022 Covico 2015, S.L. envió correo electrónico a Gruporaga y a Raga Medio Ambiente adjuntando certificado referido a los trabajadores [REDACTED] y [REDACTED] -folios 1087 a 1093 y 1232 a 1236-.

14º En fecha 24 de mayo de 2022 por el Servicio de Parques y Jardines se dirigió comunicación a las adjudicatarias del expediente 46/21 solicitando información acerca del cumplimiento de las obligaciones en materia de subrogación del personal adscrito al servicio y sobre las incidencias producidas en su materialización -folios 742 a 744 y 1580-. Las empresas Gruporaga, S.A, Althenia, S.L.U, Raga Medio Ambiente, S.A.U, Perica Obras y Servicios, S.A. y Naxfor Ingeniería e Infraestructuras, S.L. contestaron a la anterior solicitud -folios 745 a 747, 1580 a 1585-.

15º En fecha 26 de mayo de 2022 por el Ayuntamiento de Málaga se dirigió comunicación a Grupo Raga, S.A. y Raga Medio Ambiente, S.A. solicitando información sobre si se ha llevado a cabo la subrogación de las relaciones laborales del actor y de otros dos compañeros; por Grupo Raga, S.A. y Raga Medio Ambiente, S.A. se contestó que respecto del personal afectado por el convenio general de la construcción no se han subrogado porque en la fecha de inicio del servicio no se acreditó por la entidad saliente la adscripción de ninguna persona al servicio del lote 1 -folios 1094 a 1096 y 1229 a 1231-.



16º En fecha 10 de mayo de 2022 por el Ayuntamiento se requirió a las adjudicatarias del lote 1 y 4 (Gruporaga, S.A. y Raga Medio Ambiente, S.A.) diversa documentación para la formalización del contrato -folios 1046 a 1049 y 1221 a 1224-.

17º El 4 de mayo de 2022 Fomento de Construcciones y Contratas trasladó a Talher por correo electrónico documentación relativa a los trabajadores a subrogar -folios 1377 y 1378-.

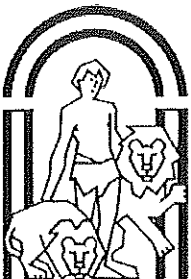
18º La relación de trabajadores subrogados por Talher, S.A. obra al folio 1379 (47 trabajadores). Esta empresa comunicó a los trabajadores afectados que procedería a subrogarse en sus relaciones laborales -folios 1380 a 1425-.

19º La relación de trabajadores subrogados por Althenia, S.L.U. obra a los folios 1567 y 1568 (52 trabajadores).

20º Naxfor Ingeniería e Infraestructuras, S.L. se subrogó en la relación laboral de 5 trabajadores de la empresa Covico 2015, S.L. adscritos al servicio (lote 5 del expediente 9/16): 3 peones, 1 técnico y 1 auxiliar administrativo; el 20 de mayo de 2022, los 3 peones fueron dados de baja en la Seguridad Social por despido objetivo -folios 1684 a 1692-.

21º Ninguna empresa se subrogó en la relación laboral de los tres fontaneros que prestaban servicios para la empleadora Covico 2015, S.L, incluido el actor. [REDACTED] -fontanero que prestaba servicios para Covico 2015, S.L. en la ejecución del lote 5 del expediente 9/16- presentó demanda por despido, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga con el nº de autos 641/22; en fecha 20 de febrero de 2023 se dictó sentencia mediante la que se declara la improcedencia del despido, condenando a la empresa Grupo Raga, S.A. a que readmita al trabajador con abono de los salarios dejados de percibir o, a su elección, a que le abone la indemnización correspondiente por despido improcedente.

22º En fecha 12 de mayo de 2022 Covico 2015, S.L. comunicó al actor que el servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes y arbolado viario, zonas forestales, parques infantiles y aparatos biosaludables e infraestructura hidráulica, lote 3, había sido adjudicado a





Althenia, S.L. la cual debería subrogarse en su relación laboral en virtud de lo establecido en el convenio estatal de la construcción, por lo que sería dado de baja en la empresa el 15 de mayo de 2022 -folio 213-.

23º Por la Graduada Social [REDACTED] en fecha 20 de mayo de 2022, se emitió informe jurídico en relación con la no subrogación por las nuevas adjudicatarias (Expte. 46/21) de los 3 trabajadores de categoría fontaneros que venían prestando servicios para la anterior adjudicataria del lote 5 (expediente 9/16) -folios 226 a 239-.

24º En fecha 23 de mayo de 2022 el actor formuló reclamación frente a las empresas adjudicatarias del Expte. 46/21 solicitando la subrogación en su relación laboral -folios 240 a 254-.

25º No ha ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores.

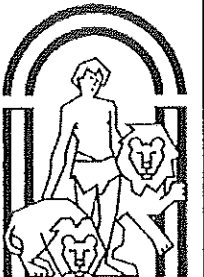
26º La papeleta de conciliación se presentó ante el órgano administrativo el 9 de junio de 2022, celebrándose el acto el 28 de junio de 2022, con el resultado de sin avenencia. La demanda se presentó el 29 de junio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cumplimiento de lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se hace constar que los anteriores hechos declarados probados se han obtenido con las alegaciones de las partes, la prueba documental aportada y la testifical practicada, concretamente, con la declaración de [REDACTED] que coincidió con el actor en el distrito 6, se acredita que el demandante trabajó, fundamentalmente, en este distrito en los últimos 4 meses de prestación de servicios con Covico 2015, S.L; [REDACTED] es testigo de referencia en relación con este aspecto.

No se suscitó controversia en relación con la antigüedad y la categoría profesional.

Se acoge el salario que resulta de la media de las últimas 11 nóminas aportadas excluyendo el plus de transporte por su carácter no salarial.



SEGUNDO.- Por las codemandadas Ayuntamiento de Málaga, Althenia S.L.U. y Naxfor Ingeniería e Infraestructuras, S.L. se opuso la excepción de falta de legitimación pasiva. Gruporaga, S.A. y Raga Medioambiente, S.A. Sociedad Unipersonal opusieron la falta de acción, negando la existencia de despido por no haber obligación de subrogar. Las excepciones han de ser desestimadas por cuanto constituye el objeto del procedimiento determinar si el actor debió ser subrogado tras la adjudicación del servicio en Expte. 46/21, y, en su caso, por qué empresa, por lo que todas las adjudicatarias deben ser llamadas a la litis. Por el contrario, el Ayuntamiento de Málaga ha sido traído al proceso como entidad adjudicadora de los expedientes 9/16 y 46/21, por lo que ninguna responsabilidad puede derivarse con la sentencia que se dicte.

TERCERO.- Afirma el actor que el motivo por el que no ha sido subrogado por las nuevas adjudicatarias del servicio ha sido las reclamaciones formuladas contra las empresas codemandadas para la subrogación, habiéndose vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad (artículo 24 de la Constitución). Afirma, asimismo, que ha sido objeto de un trato desigual frente a otros trabajadores que están en idéntica situación por estar acogido al convenio de la construcción, habiéndose vulnerado el derecho de igualdad (artículo 14 de la Constitución).

El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. De lo que se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (tutela judicial), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (artículo 4.2 g) ET).

Para facilitar el rechazo judicial de la censurable conducta

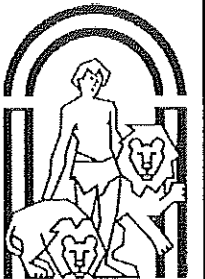




empresarial, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el artículo 181.2 LRJS («una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido una violación..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas»). Y al efecto se recuerda por el Tribunal Constitucional que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en el artículo 96.1 y en el mencionado 181.2 LRJS.

Pero para que opere el desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla (la vulneración constitucional) se haya producido», que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación. Y presente la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» «en lo que constituye... una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria».

En el presente supuesto, la baja en la Seguridad Social por la empleadora Covico 2015, S.L. se ha producido en la fecha en la que finalizó su condición de adjudicataria del servicio (15 de mayo de 2022) coincidiendo con la pérdida de la contrata. No constan reclamaciones del actor anteriores a la fecha del despido y la realizada contra las adjudicatarias es posterior a esta fecha (23 de mayo de 2022) -Hecho Probado 24º-, por lo que no puede relacionarse con la extinción objeto



del presente procedimiento.

En cuanto a la vulneración del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1990 razona que *"en todo caso la desigualdad, cuando se manifiesta en el ámbito de las relaciones entre particulares, sólo cobra relevancia jurídica si se apoya en la adopción de criterios discriminatorios proscritos por la Constitución (art. 14) o por otra disposición normativa (así arts. 4.2 y 17.1 del Estatuto y 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical); en tal sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional en sentencias 34/1984, de 9 de marzo, y 177/1988, de 10 de octubre, y esta Sala en sentencias de 15 de enero, 24 de febrero y 12 de marzo de 1987, entre otras. Ello comporta que, en supuestos de alegada vulneración del principio de igualdad, la nulidad radical sólo puede predicarse de aquellos despidos en los que el imputado trato desigual se funda en los criterios discriminatorios legalmente prohibidos"*. En el presente caso no ha operado ninguna de las causas de discriminación previstas en las normas citadas, ni tampoco es aplicable la fórmula abierta del artículo 14 in fine de la Constitución.

Sin perjuicio de lo anterior tampoco ha existido trato diferente ante situaciones iguales: los trabajadores cuyas relaciones laborales se han visto extinguidas ostentan la misma categoría profesional y están sujetos a un mismo convenio colectivo en virtud de la actividad desarrollada y de la empresa; lo que existen son discrepancias entre las nuevas adjudicatarias en relación con la empresa a la que corresponde la subrogación ocasionadas por la modificación del contenido de los lotes entre la anterior adjudicación (Expte. 9/16) y la nueva adjudicación (Expte. 46/21). Se trata, pues, de una cuestión de legalidad ordinaria consistente en determinar si procede la subrogación y, en su caso, por qué empresa.

En consecuencia, las causas son ajenas al móvil discriminatorio.

CUARTO.- A los jardineros empleados en la ejecución de los contratos adjudicados en el expediente 9/2016 se les venía aplicando el convenio colectivo de jardinería y a los fontaneros, empleados de la empresa Covico 2015, S.L. en ejecución del lote nº 5, el convenio colectivo general de la construcción, lo que es conforme con la actividad desarrollada y de la empresa.

Bajo el epígrafe *"Cláusula de subrogación"* el artículo 43 del convenio colectivo del sector de la jardinería dispone que *"1. Subrogación del personal."*



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

A) En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión 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 que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones económicos, sociales, sindicales y personales que disfruten en la empresa sustituida.

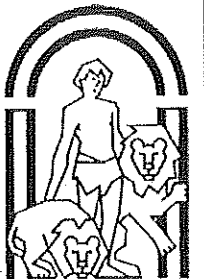
Cuando se produzca una subrogación, el personal objeto de la misma deberá mantener las condiciones económicas y sociales de este Convenio, si éste fuera el que le es de aplicación en la empresa cesante en el momento de la subrogación, aunque la empresa cesionaria o entrante viniese aplicando a sus trabajadores/as condiciones inferiores en virtud de un Convenio estatutario de empresa. La aplicación de las condiciones del presente Convenio se mantendrá hasta su vencimiento o hasta la entrada en vigor de otro Convenio Colectivo nuevo que resulte de aplicación a la empresa cesionaria.

Se producirá la mencionada subrogación del personal siempre que se de alguno de los siguientes supuestos:

1. Trabajadores/as en activo que realicen su trabajo en la contrata con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado período de cuatro meses, hubieran trabajado en otra contrata. ...

B) Todos los supuestos anteriores contemplados se deberán acreditar fehacientemente y documentalmente por la empresa o entidad pública saliente a la entrante y a la representación de los trabajadores/as con la documentación que se plantea más adelante y en el plazo de diez días hábiles contados desde el momento que la empresa entrante o saliente comunique fehacientemente a la otra empresa el cambio de adjudicación del servicio. ...

D) La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a que vincula: Empresa o entidad, ya sea cesante o



entrante, y trabajador/a. ...".

Por su parte, el artículo 27 del convenio colectivo general del sector de la construcción, bajo el epígrafe "*Subrogación de personal en contrata de mantenimiento de carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado*", prevé "1. Al objeto de contribuir a garantizar el principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores empleados por empresas y entidades que se sucedan mediante cualquier modalidad contractual, total o parcialmente, en cualquier contrata de conservación y/o mantenimiento de autopistas, autovías, carreteras o vías férreas, redes de agua, así como concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado a que se refiere el artículo 3, apartado b) y el Anexo I, apartado b) del presente Convenio colectivo, se establece, con carácter exclusivo para tales actividades, la obligación de subrogación del personal entre las empresas saliente y entrante, la cual se llevará a cabo conforme a los requisitos y condiciones que se detallan en el presente artículo.

En las contrata de redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado la subrogación de personal establecida en el punto anterior será de aplicación a los contratos municipales para las contrata nuevas que se liciten desde el día siguiente a la publicación del presente Convenio Colectivo en el Boletín Oficial del Estado. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el vigente Convenio Colectivo del Grupo de Construcción y Obras Públicas de la Autonomía de Madrid.

En lo sucesivo, el término «contrata» engloba con carácter genérico cualquier modalidad de contratación pública, referida a las actividades anteriormente descritas, que pasa a ser desempeñada, de modo parcial o total, por una determinada empresa, sociedad, organismo público u otro tipo de entidad, sea cual sea la forma jurídica que adopten.

2. *En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión o cesión 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 trata, los trabajadores de la empresa saliente adscritos a dicha contrata pasarán a adscribirse a la nueva empresa o entidad que vaya a realizar la actividad objeto de la contrata, respetando esta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa sustituida.*

Dado el carácter de mejora de la legislación vigente que supone la



subrogación prevista en este artículo, se establece expresamente que tales derechos y obligaciones quedarán limitados exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por el trabajador con la empresa saliente de la contrata, sin que la empresa entrante se encuentre vinculada por cualquier contrato o pacto anterior a aquel, particularmente a efectos de años de servicio, indemnizaciones por despido y cualesquiera otros conceptos que tomen en consideración el tiempo de prestación de servicios, a menos que ya tuviera reconocido el trabajador tales derechos mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación y le hubieran sido comunicados a la empresa entrante en el plazo y forma regulados en este artículo.

3. Será requisito necesario para tal subrogación que los trabajadores lleven prestando sus servicios en la contrata que cambia de titular, al menos cuatro meses antes de la fecha de finalización efectiva de la misma, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado período de cuatro meses, hubieran trabajado en otra contrata. El personal o trabajadores que no reúnan estos requisitos y condiciones no tendrán derecho a ser subrogados.

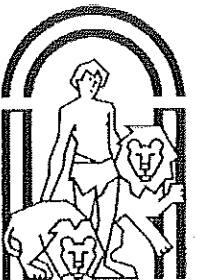
...

4. Al objeto de garantizar la transparencia en el proceso de licitación, la empresa o entidad en la que se extinga o concluya el contrato, en el momento de iniciarse el procedimiento estará obligada a tener a disposición de las empresas licitadoras la relación de todo el personal objeto de la posible subrogación en la que se especifique, nombre y apellidos, documento nacional de identidad, número de afiliación a la seguridad social, antigüedad, jornada y horario, modalidad de contratación, fecha de disfrute de vacaciones y retribuciones que, por cualesquiera conceptos, vinieran percibiendo, especificando los mismos y sus importes.

5. Asimismo, será requisito imprescindible para que opere esta subrogación que la empresa a la que se le extinga o concluya el contrato, notifique por escrito la obligación de subrogación a la nueva empresa adjudicataria o entidad que asuma la contrata en el término improrrogable de quince días naturales anteriores a la fecha efectiva de finalización de la contrata, o de quince días a partir de la fecha de comunicación fehaciente del cese, facilitándole al mismo tiempo los siguientes documentos:

....

6. En el supuesto de que una o varias contratas cuya actividad



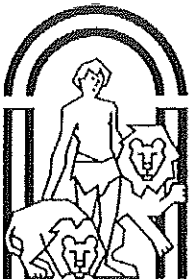
viene siendo desempeñada por una o distintas empresas o entidades se fragmenten o dividan en distintas partes, zonas o servicios al objeto de su posterior adjudicación, pasarán a estar adscritos al nuevo titular aquellos trabajadores que cumplan con los requisitos previstos en el apartado 3 de este artículo referidos a la anterior contrata, y respecto de los que la empresa o empresas salientes hubieran cumplido con las obligaciones establecidas en el apartado 5 del mismo.

7. En el caso de que distintas contratas, servicios, zonas o divisiones de aquellas se agrupen en una o varias, la subrogación de personal operará respecto de todos aquellos trabajadores que cumplan con los requisitos previstos en el apartado 3 de este artículo referidos a alguna de las anteriores contratas, y respecto de los que la empresa o empresas salientes hubieran cumplido con las obligaciones establecidas en el apartado 5 del mismo.

8. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a que vincula, empresa o entidad cesante, nueva adjudicataria y trabajador, por lo que, cumplidos los requisitos establecidos en los apartados 3, 4 y 5 del presente artículo, operará en todos los supuestos de sustitución de contratas, partes o zonas de las mismas que resulten de la fragmentación o división de las mismas, así como en las agrupaciones que de aquellas puedan efectuarse, aun tratándose de las normales sustituciones que se produzcan entre empresas o entidades que lleven a cabo la correspondiente actividad. Todo ello con independencia de los supuestos de sucesión de empresa en los que se estará a lo dispuesto en el artículo 44 del E.T. ...".

En el pliego de prescripciones técnicas del Expte. 46/21 se establece la obligación de subrogación en las relaciones laborales de los trabajadores adscritos al servicio, habiéndose fijado como plantilla mínima a adscribir a cada lote la siguiente: Lote 1: 40 trabajadores. Lote 2: 47 trabajadores. Lote 3: 60 trabajadores. Lote 4: 69 trabajadores. Con un total de 216 trabajadores -Hecho Probado 9º-.

Todas las empresas participantes en el concurso conocían, al menos desde febrero de 2022, la información contenida en el anejo 3 adjunto al Pliego de condiciones técnicas relativo a la subrogación del personal que prestaba servicios en la ejecución del Expte. 9/21 -Hecho Probado 11º-. En este anexo consta la relación de personal sujeto a subrogación con todos los datos identificativos de la relación laboral (iniciales trabajador o nº agente, categoría, tipo de contrato, antigüedad, jornada, retribuciones, cotizaciones, ...), según información aportada por los adjudicatarios del expediente 9/16, figurando el actor y sus dos

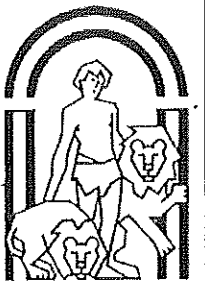




compañeros fontaneros en la relación siministrada por la adjudicataria del lote 5 del expediente 9/16 -Hecho Probado 6º-. En mayo de 2021, a través de la plataforma de contratación, se respondió a una cuestión planteada por varias participantes en el concurso dejando claro la necesidad de subrogación en los trabajadores adscritos al servicio cuantificándose el número mínimo de trabajadores a adscribir a cada lote, haciéndose una referencia expresa a la obligación de subrogar las relaciones laborales de los fontaneros -Hecho Probado 9º-. Covico 2015, S.L, como empleadora del actor y adjudicataria del lote 5 del expediente 9/16, se ha dirigido a las adjudicatarias del expediente 46/21 recordando la obligación de subrogación en las relaciones laborales de los fontaneros y facilitando la información sobre las relaciones laborales -Hechos Probados 12º y 13º-. Por el Ayuntamiento de Málaga se ha requerido a las adjudicatarias para que justifiquen la subrogación en las relaciones laborales de los trabajadores adscritos al servicio, y, concretamente, sobre las relaciones de los trabajadores fontaneros de la anterior adjudicataria del lote 5 conforme al convenio colectivo de la construcción y jardinería y la Ley de Contratos del sector Público -Hechos Probados 14º y 15º-. Covico 2015, S.L. comunicó por correo electrónico al grupo Sando la obligación de subrogación del actor, adjuntando documentación de su relación laboral -Hecho Probado 12º-.

Queda clara, pues, la obligación de subrogarse en la relación laboral del actor por cumplirse los requisitos de fondo y de forma exigidos en el convenio de aplicación, tratándose de una cuestión conocida por todos los participantes en el concurso, desde el inicio del expediente, los cuales tuvieron acceso a todos los datos relevantes de las relaciones laborales que debían ser objeto de subrogación.

En cuanto a qué empresa adjudicataria del expediente 46/21 debe hacerse cargo de la relación laboral del demandante, hemos de estar al lugar donde desarrollaba sus funciones con la anterior adjudicataria. En este sentido, por la empleadora Covico 2015, S.L. se informó que el actor realizaba sus funciones de forma itinerante, si bien, mediante la prueba testifical practicada se acreditó que en los últimos cuatro meses de prestación de servicios con Covico 2015, S.L. trabajó fundamentalmente en el distrito nº 6, que corresponde al lote 3 del expediente 46/21, que ha sido adjudicado a la codemandada Althenia, S.L, mercantil que debió subrogarse en la relación laboral del demandante. Por otra parte, esta empresa se subrogó en un número de trabajadores inferior al fijado para este lote -Hechos Probados 9º y 19º-. La negativa a la subrogación constituye un despido improcedente.



QUINTO.- La declaración de improcedencia conlleva las consecuencias previstas en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, esto es, el empresario en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la inmediata readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o abonarle una indemnización de 7.514,59 €.

En caso de optar por la readmisión deberá de abonar los salarios de tramitación, a razón de 47,94 € diarios.

VISTOS los preceptos legales citados demás de general y pertinente aplicación,

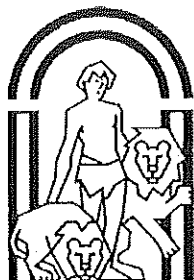
FALLO

1º.- Que debo absolver y absuelvo al Ayuntamiento de Málaga y a las empresas Covico 2015, S.L, Grupo Raga, S.A.U, Raga Medio Ambiente, S.A, Talher, S.A. y Naxfor Ingeniería e Infraestructuras, S.L. de las pretensiones deducidas en su contra.

2º.- Que estimando parcialmente la demanda formulada, califico como improcedente el despido objeto de este proceso y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la empresa Althenia, S.L. a que readmita a [REDACTED] en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien y a su elección, a que le abone una indemnización de 7.514,59 €.

Dicha opción deberá ejercitarse por escrito o comparecencia ante este Juzgado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, sin esperar a su firmeza, entendiéndose que opta por la readmisión en el caso de no verificarse aquella. En caso de optar por la indemnización se entenderá producida la extinción del contrato en la fecha del despido.

En caso de optar por la readmisión la empresa deberá de abonar al actor los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de esta sentencia.





Incorpórese la presente sentencia al libro correspondiente, expídase testimonio para su unión a los autos, y hágase saber a las partes que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, recurso que habrá de anunciarse ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito o comparecencia ante el Juzgado, debiendo de consignar en metálico o mediante aval bancario, en el caso de que el recurrente no gozare del beneficio de justicia gratuita, en la entidad BANCO SANTANDER, cuenta nº [REDACTED] al anunciar el recurso el importe de la condena y la cantidad de 300,00 € al tiempo de interponerlo.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado que la suscribe, celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha, doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes".

