

Junta Superior de Contractació Administrativa  
Plaça de Nàpols i Sicília 10-1a planta  
46001 VALÈNCIA  
Tel.: 961 207 145  
Adreça electrònica: [secretaria.JSCA@gva.es](mailto:secretaria.JSCA@gva.es)

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm  
Assumpte: Informe 5/2015

## **INFORME 5/2015, DE 13 DE NOVEMBRE DE 2015. POSSIBILITAT D'ESTABLIR EN TOT CAS EN ELS PLECS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVES LA SUBROGACIÓ OBLIGATÒRIA DEL PERSONAL QUE PRESTAVA EL SERVEI. LÍMITS.**

### **ANTECEDENTS**

En data 15 de juny de 2015 ha entrat en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de la Universitat de València, mitjançant la qual formula la consulta que és, literalment, com segueix:

“De conformitat amb el que preveu l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, se sol·licita l'informe d'aquesta Junta Superior de Contractació Administrativa sobre la qüestió que a continuació es planteja:

Basant-se en el principi de llibertat de pactes que el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic estableix en l'article 25, la Universitat de València s'ha plantejat la possibilitat d'incorporar als plecs de clàusules administratives particulars que regeixen els contractes que hi ha en l'àmbit d'aplicació de la Llei de Contractes del Sector Públic, clàusules que imposen a l'adjudicatari l'obligació de subrogar el personal de l'empresa que anteriorment prestava el servei, a pesar de no estar prevista aquesta subrogació en el conveni sectorial corresponent, sense que la dita subrogació resulte obligatòria per al treballador.

La clàusula que es pretén introduir en els plecs seria com segueix:

L'adjudicatari estarà obligat a subrogar el personal que actualment presta el servei, d'acord amb les condicions laborals de l'antic contractista, per a la qual cosa s'haurà de comptar amb l'acceptació expressa del treballador. "

Es planteja el dubte de l'ajust a la legalitat d'aquesta clàusula, per si poguera excedir-se de l'àmbit propi dels plecs de clàusules administratives particulars, en sobrepassar l'àmbit subjectiu propi dels contractes administratius, reguladors de les relacions entre l'Administració i l'adjudicatari.

Juan Luis Gandía Cebedo  
Vicerector d'Economia i Infraestructures  
Òrgan de contractació per delegació del rector de 3 d'octubre de 2014. DOGV núm. 7378/10.10.2014”

## CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Aquest informe de caràcter facultatiu s'emet de conformitat amb les funcions encomanades a la Junta en el Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, limitades a l'àmbit competencial de la contractació administrativa. En conseqüència, ha d'advertir-se que les interpretacions que en aquest informe es fan en relació amb la normativa o les disposicions legals en matèria laboral tenen com a finalitat fer intel·ligibles les conclusions de l'informe i s'efectuen en la mesura que guarden relació directa amb les normes reguladores de la contractació del sector públic, però no han de considerar-se part del dictamen que obliga l'òrgan de contractació a motivar la seua decisió en cas d'apartar-se del criteri de la Junta.

Encara que la consulta formulada per la Universitat de València no especifica el tipus de contracte a què es refereix, per la seua redacció i per raons pràctiques entenem que la qüestió plantejada està referida tant als contractes de serveis com als contractes de gestió de serveis públics o de concessió d'obra pública compresos en l'àmbit d'aplicació del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, però no a altres tipus de contractes regulats igualment en el dit text. Encara que tècnicament fóra possible, descartem la possibilitat d'aplicar la clàusula objecte de la consulta en els contractes de subministraments i d'obres; els primers per tractar-se d'entregues de béns en les quals les prestacions personals són irrellevants o accessòries, i els segons per tractar-se en general de la contractació d'un resultat, l'obra, normalment definit en un projecte o memòria tècnica en què tampoc el personal que intervé està establert contractualment.

Feta aquesta excepció, cal advertir també que la distinció entre un contracte de serveis i un de gestió de serveis públics, siga aquest en la modalitat de concessió o en una altra, revist especial rellevància per a abordar la qüestió plantejada. En el contracte de serveis, el poder adjudicador adquireix prestacions de fer, segons la terminologia de l'article 11 TRLCSP, consistents en uns treballs tècnics o especialitzats prèviament definits on la contraprestació és un preu cert i la seua duració relativament curta, mentres que en un contracte de concessió de serveis o d'obra pública el que es contracta és la gestió i explotació d'un servei públic o la construcció d'una obra pública i la seua posterior explotació, la qual cosa implica la realització d'una activitat empresarial íntegra, en la qual el concessionari assumeix el risc econòmic de l'explotació i que comporta no sols la contractació del personal necessari per a atendre els usuaris, sinó també la gestió i administració d'uns actius patrimonials de l'Administració afectes al servei públic o bé objecte de concessió que, junt amb el personal, podria dir-se que conformen una espècie d'unitat productiva autònoma, i en aquest cas, en el supòsit de canvi de concessionari hauria de plantejar-se la procedència de la subrogació legal a què obliga l'article 44 de l'Estatut dels Treballadors.



Entenem, per tant, que la qüestió plantejada en la consulta es refereix sobretot a la subrogació no legalment obligatòria, és a dir, quan no es dóna el supòsit de successió d'empresa a què es refereix l'article 44.1 de l'Estatut dels Treballadors (d'ara en avant ET). La subrogació legal, basant-se en aquest precepte, ha sigut tractada moltes vegades per la jurisprudència del Tribunal Suprem i pot dir-se que des dels anys noranta del segle passat es manifesta en el sentit que perquè puga considerar-se que hi ha una successió d'empresa de l'article 44 de l'ET no és suficient que un empresari en substituïska un altre en la realització d'una activitat, sinó que és necessari que es transmeta un conjunt patrimonial susceptible d'explotació. Per exemple, el fonament de la Sentència de la Sala Social del Tribunal Suprem de 22 de gener de 1990, reiterat en la de de 13 de març de 1990, aquesta última dictada en un recurs de cassació contra una sentència de la Magistratura de Treball (després Jutjat Social) relativa a un litigi en matèria de successió empresarial, es manifestava ja llavors de la manera següent: "després de reconèixer que de vegades determinades formes de descentralització productiva o de gestió indirecta (contractes privades o concessions administratives) poden donar lloc a supòsits pròxims al que preveu l'article 44.1 de l'Estatut dels Treballadors, assenyala que, sense perjudici de possibles garanties addicionals a través de normes sectorials (cas de les empreses de neteja d'edificis i locals o dels serveis de vigilància i seguretat), per a això [perquè hi haja successió empresarial de l'article 44 de l'ET], és necessari que la transmissió afecte un conjunt d'elements patrimonials susceptible de constituir un suport productiu dotat d'autonomia funcional i no una mera activitat i els contractes de treball vinculats a aquesta. En aquest sentit i en l'àmbit de la gestió indirecta, a través de concessions administratives, és útil el criteri doctrinal que distingeix les concessions que comporten l'entrega al concessionari de la infraestructura o organització empresarial bàsica per a l'explotació del servei (...) i aquelles altres en què, en no concórrer aquesta posada a disposició dels elements patrimonials fonamentals de l'explotació, falten els pressupostos necessaris per a apreciar la successió empresa regulada en el precepte mencionat".

Entrant, per tant, en la qüestió plantejada així delimitada, és obligat examinar les normes legals que resulten aplicables per a la preparació dels contractes, en particular per a l'elaboració dels plecs de clàusules administratives particulars, i començar, com fa la mateixa consulta, per portar a col·lació ací l'article 120 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat per Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, (d'ara en avant TRLCSP), que literalment diu:

"Article 120. informació sobre les condicions de subrogació en contractes de treball

En aquells contractes que imposen a l'adjudicatari l'obligació de subrogar-se com a ocupador en determinades relacions laborals, l'òrgan de contractació haurà de facilitar als licitadors, en el mateix plec o en la documentació complementària, la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors a qui afecte la subrogació que resulte necessària per a permetre l'avaluació dels costos laborals que implicarà la dita mesura. A aquests efectes, l'empresa que efectuarà la prestació objecte del contracte a adjudicar i que tinga la condició d'ocupadora dels treballadors afectats estarà obligada a proporcionar la informació indicada a l'òrgan de contractació, a requeriment d'aquest."

D'altra banda, l'article 115 del TRLCSP es limita a assenyalar que en els plecs de clàusules administrativa particulars s'inclouran els pactes i les condicions definidors dels drets i les obligacions de les parts del contracte i les altres mencions requerides per aquesta llei i les seues

normes de desplegament. Respecte a aquestes últimes, l'article 67 del Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, encara vigent i aplicable en aquest cas, detalla el contingut a què han d'ajustar-se els plecs de clàusules administratives i, pel que ací interessa, de manera anàloga a la de l'article 115 del TRLCSP.

En bona lògica, de la redacció de l'article 120 del TRLCSP cal deduir que és possible imposar l'obligació que l'adjudicatari d'un contracte se subrogués com a ocupador en els contractes laborals del personal que estiguera prestant el servei abans de l'adjudicació. En cas contrari, si no fóra així, el dit precepte sobraria. Com hem vist, en el cas que corresponga la subrogació legal, per donar-se la circumstància de successió d'empresa prevista en l'article 44.1 de l'ET, no és que siga possible imposar la subrogació, és que aquesta és obligatòria i, en conseqüència, ha de donar-se el compliment degut al que disposa l'article 120 del TRLCSP, el qual es limita a establir l'obligació de facilitar als licitadors la informació necessària i rellevant per a la subrogació. Ara bé, fora de la subrogació legalment obligatòria, una cosa és que siga possible imposar-la en determinats casos o en determinats tipus de contracte i una altra molt distinta és que ho siga en tot tipus de contractes o en tot contracte pertanyent a algun dels tipus compresos en l'àmbit d'aplicació del TRLCSP, siga quin siga el seu objecte o sector d'activitat. I aquesta és la qüestió que no troba resposta expressa en la normativa en matèria de contractació del sector públic, excepte parcialment i indirectament en alguns supòsits.

En sengles recursos contra els plecs de dos concursos per a l'adjudicació d'altres tants contractes de concessió administrativa d'una línia de transport regular de viatgers, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC) va tractar la qüestió de l'obligació per a l'adjudicatari de subrogar-se en les relacions laborals de l'anterior concessionari sempre que el personal afectat ho acceptara i va anul·lar la clàusula que la imposava, després de recordar la doctrina de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, manifestada en el seu informe 31/1999, de 30 de juny, segons la qual "la subrogació d'una empresa en les relacions laborals d'una altra és qüestió la possibilitat de la qual ha de ser resolta de conformitat amb la legislació laboral vigent, en concret determinant si resulta aplicable al supòsit de fet de l'article 44 de l'Estatut dels Treballadors, o, si és el cas, dels respectius convenis col·lectius, sense que res respecte d'això hagen d'establir els plecs de clàusules administratives particulars", així com un informe de l'Advocacia General de l'Estat, de 29 de juny de 2005, en el mateix sentit. D'aquesta manera s'expressava en TACRC en la Resolució 134/2013, relativa als recursos mencionats:

"Per tant, l'existència o no de l'obligació de subrogar-se en els contractes de treball que lligaven l'anterior concessionari depèn de si aqueixa obligació està prevista en el conveni col·lectiu del sector. Si no ho està, l'establiment *ex novo* d'aquesta obligació en els plecs excediria del seu contingut jurídicament admissible, per la qual cosa haurien de ser anul·lats en aquest punt."

Amb l'anterior resolució, el TACRC va un pas més enllà del que ja manifestava en la seua Resolució 181/2011, també esmentada en aquesta, en la qual manifestava que "l'obligació de l'adjudicatari de subrogar-se en les relacions laborals vigents amb el contractista que en el moment de convocar-se una licitació estiga executant un contracte amb el mateix objecte, sorgeix, normalment, com una exigència del conveni col·lectiu que afecta el sector d'activitat de què es tracte (...), perquè l'obligatorietat de la subrogació no procedeix del plec sinó del conveni col·lectiu."



El que es deriva de les resolucions del TACRC és, en definitiva, que ha d'entendre's que l'article 120 del TRLCSP es limita a establir l'obligació de facilitar als licitadors la informació concernent a les relacions laborals preexistents en què hauran de subrogar-se, quan hagen de fer-ho per motius establits en els convenis o en les normes laborals vigents. Però, d'acord amb aquesta interpretació, el que no es pot pretendre és que l'article 120 del TRLCSP habilite o faculte l'òrgan de contractació per a decidir imposar l'obligació de subrogació en qualsevol contracte en què així ho estime convenient, encara que no hi haja obligació legal de fer-ho.

Pareix que no és de la mateixa opinió la Sala Contenciosa Administrativa de l'Audiència Nacional que en la seua Sentència de 25 de març de 2015 (núm. de recurs 188/2013) va estimar parcialment el recurs interposat contra la Resolució 134/2013 del TACRC anterior, anul·lant al seu torn l'anul·lació que el TACRC havia acordat respecte de la clàusula que imposava l'obligació de l'adjudicatari de subrogar l'adjudicatari com a ocupador en els contractes laborals vigents i declarant la Sala que la dita clàusula era d'acord amb el dret. Per a això, la Sala de l'Audiència es basa, d'una banda, en l'argument de considerar legítim que l'òrgan de contractació pugui actuar mogut per fins com ara la defensa de l'estabilitat en l'ocupació per a imposar l'obligació de la subrogació:

"... una cosa és que d'acord amb el correcte dictamen de l'Advocacia de l'Estat no es pugui imposar la subrogació als treballadors i una altra molt diferent que no pugui establir-se en els plecs de condicions la subrogació com a obligatòria per al nou adjudicatari, en defensa de l'estabilitat en el lloc de treball i en l'ocupació, si bé condicionada a l'acceptació dels treballadors."

D'altra banda, junt amb la previsió arreglada en l'article 120 del TRLCSP, a la qual ja ens hem referit, l'Audiència es basa també en diverses sentències de la Sala Social del Tribunal Suprem de què citarem el paràgraf transcrit de la STS de 13 de novembre de 2013 (rec. 1334/2012), per ser l'única que incideix de forma general sobre la qüestió analitzada en aquest informe:

"(...) l'obligació de subrogació només serà exigible si sorgeix de la norma convencional o la imposava, si és el cas, el règim d'obtenció de la contracta -com pot passar amb la imposició de tal condició en el plec de condicions per part de l'Administració-, i en aquest cas caldrà ajustar-se a aqueixa font per a delimitar l'abast de l'obligació de subrogar-se."

Finalment, però no menys important, i segons el nostre parer molt més rellevant que les anteriors consideracions, la Sentència de l'Audiència entra a analitzar la normativa específica dels serveis públics de transport, objecte del contracte de concessió administrativa en litigi, i té en compte també la Comunicació 2014/C 092/01, relativa a la interpretació del Reglament CE 1370/2007, en la qual, interpretant el seu article 4, indica que una de les opcions que tenen les autoritats competents si consideren que cal adoptar mesures de protecció de l'ocupació en cas de canvi d'operador és "sol·licitar el traspàs de personal prèviament contractat per a prestar serveis amb els drets que els assistisquen", recordant que "tenen l'obligació, si exigeixen un traspàs de personal o si imposen determinades normes socials, de detallar clarament aquestes obligacions en els documents de licitació i en els contractes públics". És a dir, la possibilitat d'imposar la subrogació esdevé de la mateixa reglamentació del transport públic i no sorgeix d'una voluntat discrecional de l'òrgan de contractació o del seu desig de contribuir a l'estabilitat en l'ocupació. I, com a prova d'això, la mateixa sala porta als fonaments de la sentència l'article 75 de la Llei 16/1987, de 30 de juliol, d'Ordenació dels Transports Terrestres, que, d'acord amb la redacció que en fa la Llei 9/2013,

de 4 de juliol, estableix en el punt 4 el següent:

“4. Sense perjudi de la legislació laboral que siga aplicable a aquest efecte, quan un procediment tinga com a objecte l'adjudicació d'un nou contracte per a la gestió d'un servei preexistent, el plec de condicions haurà d'imposar al nou adjudicatari l'obligació de subrogar-se en la relació laboral amb el personal ocupat per l'anterior contractista en la dita prestació, en els termes assenyalats en els apartats *g)* i *h)* de l'article 73.2.

En aquest supòsit, l'òrgan de contractació haurà de facilitar als licitadors, en el mateix plec o en la documentació complementària, la informació sobre les condicions dels contractes del personal a qui afecte la subrogació que resulte necessària per a permetre l'avaluació dels costos laborals que implicarà tal mesura. A aquests efectes, l'empresa que preste el servei i tinga la condició d'ocupadora del personal afectat estarà obligada a proporcionar la informació indicada a l'òrgan de contractació, a requeriment d'aquest.

(...)

Als efectes assenyalats en aquest punt, no podrà tindre's en compte un altre personal que l'adscrit expressament a la prestació del servei en el contracte de gestió del servei públic de què es tracte, per a la determinació del qual es van haver de prendre com a base el que inicialment s'incloua en el corresponent plec de condicions, de conformitat amb allò que disposa l'article 73.2.

El nou contractista no respondrà dels drets salarials meritats amb anterioritat a l'assumpció efectiva dels serveis, ni dels deutes a la Seguretat Social, fiscals o qualssevol altres que haguera adquirit l'empresari anterior.”

Tan sols uns dies abans de la dita sentència de l'Audiència Nacional, la Sala Contenciosa del Tribunal Suprem dictava la Sentència de 16 de març de 2015, dictada en el recurs de cassació 1009/2014 interposat contra una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid que havia anul·lat sengles resolucions de la Direcció General de Transports relatives a la licitació per a l'adjudicació de la concessió administrativa de servei de transport públic regular permanent i d'ús general de viatgers per carreteres entre Bilbao (Biscaia) i Castro Urdiales (Cantàbria), entre altres motius per considerar improcedent que el plec imposara al contractista l'obligació de subrogar-se en les relacions laborals del concessionari anterior. Doncs bé, en la seua sentència el TS va confirmar la del TSJM, va disposar que no corresponia el recurs de cassació i, quant a l'obligació de la subrogació, va manifestar el següent:

<<La sentència [del TSJM], després de referir-se, a propòsit de la subrogació, als articles 4.5 del Reglament CE/1370/2007 i 104 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, es remet a una altra d'anterior de la mateixa Secció Tercera de la Sala de Madrid, la de 30 de maig de 2013, confirmada per la nostra de 29 de setembre de 2014 (cassació 2337/2013) i diu que



"(...) la circumstància que en determinats supòsits siga una obligació legal mantindre o absorbir als treballadors de l'anterior concessionari no permet que en un plec contractual s'establisca la dita subrogació com a obligació en qualsevol cas i amb les conseqüències que això comporta, sense que es derive una conclusió diferent del Reglament (CE) núm. 1370/2007, ni de l'article 104 de la LCSP (...)" (actualment article 120 del TRLCSP).

La Sala de Madrid, en pronunciar-se d'aquesta manera, té present les raons per les quals en la seua sentència anterior va considerar improcedent atribuir punts en virtut del compromís de subrogació, les que afirmen que són les normes laborals les cridades a establir l'obligació de subrogació i no la legislació contractual. En la mesura que hem confirmat aqueix juí, s'imposa la desestimació del motiu, no sense recordar que l'article 73.2 del reglament es refereix al compromís d'absorbir el personal de l'antic concessionari "quan corresponga". D'altra banda, atés que no han al·legat els recurrents el conveni col·lectiu a què es refereix el motiu, no poden portar-ho ara a col·lació.>>

Del que s'ha exposat fins ací, pot extraure's, com a conclusió preliminar, un argument comú que subjau en tota la doctrina examinada, tant la de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa i del TACRC com la dels tribunals de justícia, i aquest no és un altre que la imposició a l'adjudicatari d'un contracte de la subrogació del personal de l'anterior contractista que prestava els serveis fins a la seua licitació no la pot decidir arbitràriament o discrecionalment l'òrgan de contractació del poder adjudicador basant-se en una simple previsió com la de l'actual article 120 del TRLCSP, sinó que la dita imposició ha d'estar justificada per motius legítims emparats legalment, com ara els següents :

- a) Que es tracte d'una subrogació legal obligatòria per donar-se les circumstàncies de successió d'empresa establides en l'article 44.1 de l'Estatut dels Treballadors.
- b) Que estiga establida l'obligació de subrogació en el conveni col·lectiu sectorial o territorial l'aplicació de la qual siga exigible d'acord amb les normes laborals vigents.
- c) Que estiga establida la dita obligació o l'opció d'imposar-la en les normes legals o reglamentàries que regulen específicament l'activitat objecte del contracte.

En suport de l'anterior conclusió hem de recordar que la imposició de la subrogació indicada en les relacions laborals de l'empresa contractista és una condició de l'execució del contracte que difícilment pot justificar-se com a mesura que respon als objectius o les finalitats de qualsevol contracte del sector públic en particular. És cert que en els contractes poden incloure's qualssevol clàusules i condicions, però sempre que no siguen contràries a l'interés públic, a l'ordenament jurídic i als principis de bona administració, cosa que obliga a tindre en compte que la dita imposició pot ser contrària als principis arrel·legats en l'article 1 del TRLCSP, atés que restringeix la llibertat dels licitadors per a formular la proposta tècnica de mitjans personals i materials que consideren més adequada per a les prestacions que constitueixen l'objecte del contracte. D'ací que entenguem que la seua utilització ha de restringir-se als casos en què ha d'utilitzar-se, bé per imperatiu legal o bé per respondre específicament a les necessitats a satisfer amb el contracte en qüestió.

## CONCLUSIONS

*PRIMERA.* De la previsió efectuada en l'article 120 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic no pot deduir-se ni interpretar-se que l'òrgan de contractació està facultat per a imposar, en general i com a condició especial d'execució en qualsevol contracte comprés en l'àmbit d'aplicació de la dita llei, la subrogació de l'adjudicatari com a ocupador en les relacions laborals del contractista o operador econòmic que executara amb anterioritat els mateixos serveis o prestacions objecte del contracte, sinó que el dit precepte es limita a establir l'obligació de facilitar als licitadors la informació necessària quan la dita obligació s'impose.

*SEGONA.* En un contracte del sector públic, la imposició de l'obligació de l'empresa adjudicatària de subrogar-se en les relacions laborals preexistents de la seua antecessora ha d'estar justificada i emparada per les normes legals o reglamentàries en matèria laboral, pels convenis col·lectius que siguen aplicables o per les normes que regulen específicament l'activitat objecte del contracte.

**Aquest informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.**

Vist i plau EL PRESIDENT  
(Per substitució art. 1 .a)  
Ordre d'11 de juny de 2001  
DOGV 17/07/2001)

Eva Martínez Ruiz  
VICEPRESIDENTA

LA SECRETÀRIA

Margarita Vento Torres

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ  
ADMINISTRATIVA en data 13 de novembre de 2015