

Junta Superior de Contratación Administrativa
Plaza de Nápoles y Sicilia 10-1ª planta
46001 VALENCIA
Tel.: 961 207145
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

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

INFORME 5/2015 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2015. POSIBILIDAD DE ESTABLECER EN TODO CASO EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS LA SUBROGACIÓN OBLIGATORIA DEL PERSONAL QUE VENÍA PRESTANDO EL SERVICIO. LÍMITES.

ANTECEDENTES

En fecha 15 de junio de 2015 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe de la Universitat de València, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo del Gobierno Valenciano, se interesa el informe de esa Junta Superior de Contratación Administrativa sobre la cuestión que a continuación se plantea:

En base al principio de libertad de pactos que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece en su artículo 25, la Universitat de València se ha planteado la posibilidad de incorporar a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen los contratos que se encuentran en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, cláusulas que impongan al adjudicatario la obligación de subrogar al personal de la empresa que anteriormente prestaba el servicio, pese a no estar prevista esta subrogación en el convenio sectorial correspondiente, sin que dicha subrogación resulte obligatoria para el trabajador.

La cláusula que se pretende introducir en los pliegos tendría el siguiente tenor:

"El adjudicatario vendrá obligado a subrogar al personal que actualmente se encuentra prestando el servicio de acuerdo con las condiciones laborales del antiguo contratista, para lo cual se deberá contar con la aceptación expresa del trabajador."

Se plantea la duda del ajuste a la legalidad de esta cláusula, por si pudiera excederse del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, al rebasar el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos, reguladores de las relaciones entre la Administración y el Adjudicatario.

Juan Luis Gandía Cebedo
Vicerrector de Economía e Infraestructuras

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El presente informe carácter facultativo se emite de conformidad con las funciones encomendadas a la Junta en el Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, limitadas al ámbito competencial de la contratación administrativa. En consecuencia, ha de advertirse que las interpretaciones que en el presente informe se hagan en relación con la normativa o las disposiciones legales en materia laboral tienen por finalidad hacer inteligibles las conclusiones del informe y se efectúan en la medida en que guardan relación directa con las normas reguladoras de la contratación del sector público, pero no deben considerarse parte del dictamen que obliga al órgano de contratación a motivar su decisión en caso de apartarse del criterio de la Junta.

Aunque la consulta formulada por la Universitat de València no especifica el tipo de contrato al que se refiere, por su redacción y por razones prácticas entendemos que la cuestión planteada viene referida tanto a los contratos de servicios como a los contratos de gestión de servicios públicos o de concesión de obra pública comprendidos en el ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pero no a otros tipos de contratos regulados igualmente en dicho Texto. Aunque técnicamente fuera posible, descartamos la posibilidad de aplicar la cláusula objeto de la consulta en los contratos de suministros y de obras, los primeros por tratarse de entregas de bienes en las que las prestaciones personales son irrelevantes o accesorias, y los segundos por tratarse en general de la contratación de un resultado, la obra, normalmente definido en un proyecto o memoria técnica en el que tampoco el personal que interviene está establecido contractualmente.

Hecha esta salvedad, hay que advertir también que la distinción entre un contrato de servicios y uno de gestión de servicios públicos, sea éste en la modalidad de concesión o en otra, reviste especial relevancia para abordar la cuestión planteada. En el contrato de servicios el poder adjudicador adquiere prestaciones de hacer, según la terminología del artículo 11 TRLCSP, consistentes en unos trabajos técnicos o especializados previamente definidos donde la contraprestación es un precio cierto y su duración relativamente corta, mientras que en un contrato de concesión de servicios o de obra pública lo que se contrata es la gestión y explotación de un servicio público o la construcción de una obra pública y su posterior explotación, lo cual implica la realización de una actividad empresarial íntegra, en la que el concesionario asume el riesgo económico de la explotación y que conlleva no sólo la contratación del personal necesario para atender a los usuarios, sino también la gestión y administración de unos activos patrimoniales de la Administración afectos al servicio público o bien objeto de concesión que, junto con el personal, podría decirse que conforman una especie de unidad productiva autónoma, en cuyo caso, en el supuesto de cambio de concesionario, habría de plantearse la procedencia de la subrogación legal a la que obliga el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Entendemos, por tanto, que la cuestión planteada en la consulta viene referida sobre todo a la subrogación no legalmente obligatoria, es decir, cuando no se da el supuesto de sucesión de empresa al que se refiere el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). La subrogación legal en base a este precepto ha sido tratada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y puede decirse que desde los años noventa del siglo pasado



se manifiesta en el sentido de que para que pueda considerarse que existe una sucesión de empresa del artículo 44 del ET no basta que un empresario sustituya a otro en la realización de una actividad, sino que es necesario que se transmita un conjunto patrimonial susceptible de explotación. Por ejemplo, el fundamento de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990, reiterado en la de de 13 de marzo de 1990, esta última recaída en un recurso de casación contra una sentencia de la Magistratura de Trabajo (después Juzgado de lo Social) relativa a un litigio en materia de sucesión empresarial, se manifestaba ya entonces de la siguiente forma: *“tras reconocer que en ocasiones determinadas formas de descentralización productiva o de gestión indirecta (contratas privadas o concesiones administrativas) pueden dar lugar a supuestos próximos al que contempla el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, señala que, sin perjuicio de posibles garantías adicionales a través de normas sectoriales (caso de las empresas de limpieza de edificios y locales o de los servicios de vigilancia y seguridad), para ello [para que haya sucesión empresarial del art. 44 del ET] es necesario que la transmisión afecte a un conjunto de elementos patrimoniales susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional y no a una mera actividad y a los contratos de trabajo a ella vinculados. En este sentido y en el ámbito de la gestión indirecta a través de concesiones administrativas, es útil el criterio doctrinal que distingue las concesiones que llevan aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio (...) y aquellas otras en que, al no concurrir esta puesta a disposición de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación, faltan los presupuestos necesarios para apreciar la sucesión empresa regulada en el precepto mencionado”*.

Entrando, pues, en la cuestión planteada así delimitada es obligado examinar las normas legales que resultan de aplicación para la preparación de los contratos, en particular para la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y comenzar, como hace la propia consulta, por traer a colación aquí el artículo 120 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), que literalmente dice:

Artículo 120. Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo

En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.

Por lo demás, el artículo 115 del TRLCSP se limita a señalar que en los pliegos de cláusulas administrativa particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. Respecto a estas últimas, el artículo 67 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de

octubre, todavía vigente y de aplicación en este caso, detalla el contenido al que deben ajustarse los pliegos de cláusulas administrativas y, por lo que aquí interesa, de forma análoga a la del artículo 115 del TRLCSP.

En buena lógica, de la redacción del artículo 120 del TRLCSP cabe deducir que es posible imponer la obligación de que el adjudicatario de un contrato se subrogue como empleador en los contratos laborales del personal que se encontrara prestando el servicio antes de la adjudicación. De lo contrario, si no fuera así, dicho precepto sobraría. Como hemos visto, en el supuesto de que proceda la subrogación legal, por darse la circunstancia de sucesión de empresa prevista en el artículo 44.1 del ET, no es que sea posible imponer la subrogación, es que ésta es obligatoria y, en consecuencia, debe darse debido cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP, el cual se limita a establecer la obligación de facilitar a los licitadores la información necesaria y relevante para la subrogación. Ahora bien, fuera de la subrogación legalmente obligatoria, una cosa es que sea posible imponerla en determinados casos o en determinados tipos de contrato y otra muy distinta es que lo sea en todo tipo de contratos o en todo contrato perteneciente a alguno de los tipos comprendidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP, cualquiera que sea su objeto o sector de actividad. Y esta es la cuestión que no encuentra respuesta expresa en la normativa en materia de contratación del sector público, salvo parcial e indirectamente en algunos supuestos.

En sendos recursos contra los pliegos de dos concursos para la adjudicación de otros tantos contratos de concesión administrativa de una línea de transporte regular de viajeros, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) trató la cuestión de la obligación para el adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales del anterior concesionario siempre que el personal afectado lo aceptase y anuló la cláusula que la imponía, tras recordar la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, manifestada en su informe 31/1999, de 30 de junio, según la cual *“la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares”*, así como un informe de la Abogacía General del Estado, de 29 de junio de 2005, en el mismo sentido. De esta forma se expresaba en TACRC en la Resolución 134/2013, relativa a los mencionados recursos:

“Por tanto, la existencia o no de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo que venían ligando al anterior concesionario depende de si esa obligación está contemplada en el convenio colectivo del sector. Si no lo está, el establecimiento ex novo de esta obligación en los pliegos excedería de su contenido jurídicamente admisible, por lo que deberían ser anulados en este punto.”

Con la anterior resolución el TACRC va un paso más allá de lo que ya manifestaba en su Resolución 181/2011, también citada en ésta, en la que manifestaba que *“la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate (...), pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo.”*

Lo que se deriva de las resoluciones del TACRC es, en definitiva, que debe entenderse que el



artículo 120 del TRLCSP se limita a establecer la obligación de facilitar a los licitadores la información concerniente a las relaciones laborales preexistentes en las que tendrán que subrogarse, cuando tengan que hacerlo por motivos establecidos en los convenios o en las normas laborales vigentes. Pero, de acuerdo con esta interpretación, lo que no se puede pretender es que el artículo 120 del TRLCSP habilite o faculte al órgano de contratación para decidir imponer la obligación de subrogación en cualquier contrato en el que así lo estime conveniente aunque no exista obligación legal de hacerlo.

Parece que no es de la misma opinión la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que en su sentencia de 25 de marzo de 2015 (núm. recurso 188/2013) estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la anterior Resolución 134/2013 del TACRC, anulando a su vez la anulación que el TACRC había acordado respecto de la cláusula que imponía la obligación del adjudicatario de subrogar al adjudicatario como empleador en los contratos laborales vigentes y declarando la Sala que dicha cláusula era conforme a derecho. Para ello, la Sala de la Audiencia se apoya, por una parte, en el argumento de considerar legítimo que el órgano de contratación pueda actuar movido por fines tales como la defensa de la estabilidad en el empleo para imponer la obligación de la subrogación:

“... una cosa es que conforme al correcto dictamen de la Abogacía del Estado no se pueda imponer la subrogación a los trabajadores y otra muy distinta que no puedan establecerse en los pliegos de condiciones la subrogación, como obligatoria para el nuevo adjudicatario, en defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y en el empleo, si bien condicionada a la aceptación de los trabajadores.”

Por otra parte, junto a la previsión recogida en el artículo 120 del TRLCSP, a la que ya nos hemos referido, la Audiencia se apoya también en diversas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de las que citaremos el párrafo transcrito de la STS de 13 de noviembre de 2013 (rec. 1334/2012), por ser la única que incide de forma general sobre la cuestión analizada en el presente informe:

“(...) la obligación de subrogación sólo será exigible si surge de la norma convencional o la imponía, en su caso, el régimen de obtención de la contrata -como puede suceder con la imposición de tal condición en el pliego de condiciones por parte de la Administración-, en cuyo caso habrá de estarse a esa fuente para delimitar el alcance de la obligación de subrogarse.”

Por último, pero no menos importante y a nuestro juicio mucho más relevante que las anteriores consideraciones, la Sentencia de la Audiencia entra a analizar la normativa específica de los servicios públicos transporte, objeto del contrato de concesión administrativa en litigio, y tiene en cuenta también, la Comunicación 2014/C 092/01 relativa a la interpretación del Reglamento CE 1370/2007, en la que, interpretando su artículo 4, indica que una de las opciones que tienen las autoridades competentes si consideran que es necesario adoptar medidas de protección del empleo en caso de cambio de operador es “solicitar el traspaso de personal previamente contratado para prestar servicios con los derechos que les asistan”, recordando que “tienen la obligación, si exigen un traspaso de personal o si imponen determinadas normas sociales de detallar claramente estas obligaciones en los documentos de licitación y en los contratos públicos”

Es decir, la posibilidad de imponer la subrogación deviene de la propia reglamentación del transporte público y no surge de una voluntad discrecional del órgano de contratación o de su deseo de contribuir a la estabilidad en el empleo. Y, como prueba de ello, la propia Sala trae a los fundamentos de la sentencia el artículo 75 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que, de acuerdo con la redacción dada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, establece en su punto 4 lo siguiente:

“4. Sin perjuicio de la legislación laboral que resulte de aplicación al efecto, cuando un procedimiento tenga por objeto la adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente, el pliego de condiciones deberá imponer al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación, en los términos señalados en los apartados g) y h) del artículo 73.2.

En este supuesto, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos del personal al que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese prestando el servicio y tenga la condición de empleadora del personal afectado estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.

(...)

A los efectos señalados en este punto, no podrá tenerse en cuenta otro personal que el expresamente adscrito a la prestación del servicio en el contrato de gestión del servicio público de que se trate, para cuya determinación se debieron tomar como base el que inicialmente se incluía en el correspondiente pliego de condiciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.2.

El nuevo contratista no responderá de los derechos salariales devengados con anterioridad a la asunción efectiva de los servicios, ni de las deudas a la Seguridad Social, fiscales o cualesquiera otras que hubiere contraído el empresario anterior.”

Tan sólo unos días antes de la citada sentencia de la Audiencia Nacional, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo dictaba la Sentencia de 16 de marzo de 2015, recaída en el recurso de casación 1009/2014 interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había anulado sendas resoluciones de la Dirección General de Transportes relativas a la licitación para la adjudicación de la concesión administrativa de servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carreteras entre Bilbao (Vizcaya) y Castro Urdiales (Cantabria), entre otros motivos por considerar improcedente que el pliego impusiera al contratista la obligación de subrogarse en las relaciones laborales del anterior concesionario. Pues bien, en su sentencia el TS confirmó la del TSJM, falló que no había lugar al recurso de casación y, en lo relativo a la obligación de la subrogación, manifestó lo siguiente:

<<La sentencia [del TSJM], tras referirse a propósito de la subrogación a los artículos 4.5 del Reglamento CE/1370/2007 y 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, se remite a otra anterior de la propia Sección Tercera de la Sala de Madrid, la de 30 de mayo de 2013, confirmada por la nuestra de 29 de septiembre de 2014 (casación 2337/2013) y dice que



"(...) la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario no permite que en un pliego contractual se establezca dicha subrogación como obligación en todo caso y con las consecuencias que ello conlleva, sin que se derive una conclusión distinta del Reglamento (CE) nº 1370/2007, ni del artículo 104 de la LCSP (...)" (actualmente artículo 120 del TRLCSP)

La Sala de Madrid, al pronunciarse de este modo, está teniendo presente las razones por las que en su sentencia anterior consideró improcedente atribuir puntos en virtud del compromiso de subrogación, las que afirman que son las normas laborales las llamadas a establecer la obligación de subrogación y no la legislación contractual. En la medida en que hemos confirmado ese juicio, se impone la desestimación del motivo no sin recordar que el artículo 73.2 del reglamento se refiere al compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario "cuando proceda". Por otro lado, no habiendo alegado los recurrentes el convenio colectivo al que se refiere el motivo, no pueden traerlo ahora a colación.>>

De lo expuesto hasta aquí, puede extraerse, como conclusión preliminar, un argumento común que subyace en toda la doctrina examinada, tanto la de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y del TACRC como la de los tribunales de justicia, y éste no es otro que el de que la imposición al adjudicatario de un contrato de la subrogación del personal del anterior contratista que venía prestando los servicios hasta su licitación no puede decidirse arbitraria o discrecionalmente por el órgano de contratación del poder adjudicador en base a una simple previsión como la del actual artículo 120 del TRLCSP, sino que dicha imposición tiene que estar justificada por motivos legítimos amparados legalmente, tales como los siguientes:

- a) Que se trate de una subrogación legal obligatoria por darse las circunstancias de sucesión de empresa establecidas en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores.
- b) Que esté establecida la obligación de subrogación en el convenio colectivo sectorial o territorial cuya aplicación sea exigible de acuerdo con las normas laborales vigentes.
- c) Que esté establecida dicha obligación o la opción de imponerla en las normas legales o reglamentarias que regulen específicamente la actividad objeto del contrato

En apoyo de la anterior conclusión hemos de recordar que la imposición de la referida subrogación en las relaciones laborales de la empresa contratista es una condición de la ejecución del contrato que difícilmente puede justificarse como medida que responde a los objetivos o finalidades de cualquier contrato del sector público en particular. Es cierto que en los contratos pueden incluirse cualesquiera cláusulas y condiciones, pero siempre que no sean contrarias al interés público al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración, lo que obliga a tener en cuenta que dicha imposición puede ser contraria a los principios recogidos en el artículo 1 del TRLCSP al restringir la libertad de los licitadores para formular la propuesta técnica de medios personales y materiales que consideren más adecuada para las prestaciones que constituyen el objeto del contrato. De ahí que entendamos que su utilización debe restringirse a los casos en que *debe* utilizarse bien por imperativo legal o bien por responder específicamente a las necesidades a

satisfacer con el contrato en cuestión.

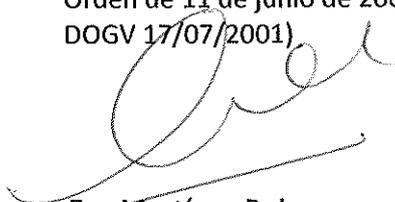
CONCLUSIONES

PRIMERA. De la previsión efectuada en el artículo 120 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público no puede deducirse ni interpretarse que el órgano de contratación está facultado para imponer, en general y como condición especial de ejecución en cualquier contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Ley, la subrogación del adjudicatario como empleador en las relaciones laborales del contratista u operador económico que viniese ejecutando con anterioridad los mismos servicios o prestaciones objeto del contrato, sino que dicho precepto se limita a establecer la obligación de facilitar a los licitadores la información necesaria cuando dicha obligación se imponga.

SEGUNDA. En un contrato del sector público, la imposición de la obligación de la empresa adjudicataria de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes de su antecesora debe estar justificada y amparada por las normas legales o reglamentarias en materia laboral, por los convenios colectivos que sean de aplicación o por las normas que regulen específicamente la actividad objeto del contrato.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

Vº Bº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a)
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)



Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA

LA SECRETARIA



Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 13 de
noviembre de 2015.