

## **Informe 1/2016, de 27 de julio de 2017, sobre la obligación de subrogación de trabajadores en contratos públicos**

### **I – ANTECEDENTES**

El Subdirector General de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

*“I. La Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y sus sociedades filiales Canal Sur Televisión, S.A., y Canal Sur Radio S.A., sacan anualmente a licitación pública, diversos contratos de servicios, tales como limpieza de edificios, seguridad, soporte informático a usuarios, peluquería, etc. Necesarios para realizar el servicio público que por ley tienen encomendado.*

*II. A las empresas adjudicatarias de los servicios contratados, en algunos casos, le es de aplicación, por convenio colectivo, la obligación de subrogación de los contratos de los trabajadores en los mismos derechos y obligaciones que disfrutaban con la anterior empresa adjudicataria; sin embargo, otros servicios le es de aplicación convenio colectivo que no contempla la citada obligación de subrogación.*

*No es controvertido, que la obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista nuevo sucede a otro, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el sector de la actividad laboral de que se trate. Como así, se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 58/2009 de 26 de febrero.*

*Por otro lado, debe entenderse, que no es preceptivo que los pliegos de cláusulas jurídicas establezcan la obligación de subrogación de los trabajadores que vienen prestando el servicio que se licita, en este sentido el artículo 120 del TRLCSP, relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, dispone que “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.*

*Esa imposición no es consecuencia del contrato que se licita. Los términos en que debe comprenderse esa obligación han sido analizados por Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. En su informe de 31/1999, de 30 de junio, expone que “en definitiva se entiende que 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 el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, en los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares”.*



*No obstante lo anterior, y como consecuencia de la situación económica en general, en la actualidad existen planteamientos tendentes a incluir en los pliegos de cláusulas jurídicas particulares de los expedientes de contratación de servicios, la obligación de subrogación en los contratos de los trabajadores, por el licitador que resulte adjudicatario, aún en los supuestos, que no exista convenio colectivo que obligue a ello.*

*III. Entendiendo que la citada imposición, deriva de una norma o convenio colectivo, y por tanto corresponde decidir sobre la obligación de subrogación por aplicación de lo establecido en el artículo 44 del ET a la jurisdicción laboral, es claro que en el momento de publicación de los pliegos de cláusulas jurídicas particulares o documentación complementaria, la administración, ni lo propios licitadores, tienen la seguridad, de la existencia de la obligación de subrogación. Por ello, nos planteamos dos cuestiones:*

*A) Sería conveniente facilitar a los licitadores de los contratos de servicios, en todos los casos, la información prevista en el artículo 120 del TRLCSP, mediante su inclusión en los pliegos de cláusulas jurídicas particulares o documentación complementaria y a ello a los efectos de que puedan hacer una correcta valoración de su oferta.*

*B) Los poderes adjudicadores, podrían verse condicionados en la elaboración del presupuesto de licitación de un expediente de contratación, ante la posibilidad de que entre en juego la obligación de subrogación, derivada de un supuesto de hecho al que le fuera aplicable lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.*

*IV. Esa Junta Consultiva, tiene admitido y así lo expresa en su informe 5/2014, de 24 de noviembre, que "la obligación de subrogación contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no es de aplicación a los contratos celebrados por las administraciones públicas, ante la falta de identidad del concepto "unidad productiva", pues en este tipo de contratos prima la labor de los trabajadores y no se puede hablar de una "transmisión" de empresa".*

*El citado informe, deja en el aire si tal consideración es aplicable al resto del sector público (poderes adjudicadores), que no es administración pública, aclaración que resultaría de gran relevancia y complementaria de lo anteriormente expuesto.*

*Por todo lo anterior, se solicita a esa Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, en aras al principio de seguridad jurídica, se digne emitir informe respecto a las dudas siguientes:*

- Cabe la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas jurídicas particulares la obligación de subrogación de la empresa adjudicataria en los trabajadores de la empresa saliente y que efectos jurídicos se pueden derivar de esa inclusión.*

- Si es conveniente incluir en el pliego de cláusulas jurídicas particulares de los expedientes de contratación relativos a servicios, la información prevista en el artículo 120 del TRLCSP, a los efectos de que los licitadores puedan hacer una correcta valoración para realizar sus ofertas, aún en los supuestos en que no es obligatorio, y en prevención de una decisión judicial que imponga la subrogación por aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.*



• *Si la obligación de subrogación prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no resultan aplicables a los contratos de servicios celebrados por todo el sector público, ante la falta de identidad del concepto “unidad productiva” y la no “transmisión” de empresa, que es lo que caracteriza a lo establecido en el citado precepto”.*

## II – INFORME

Las cuestiones que se plantean están relacionadas con la figura de la subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro, con especial referencia a los contratos de servicios celebrados por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía, que ostenta la condición de poder adjudicador no Administración Pública.

1. La primera cuestión hace referencia a la posibilidad de incluir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares una cláusula que obligara a la empresa adjudicataria a subrogarse en las relaciones laborales de la empresa saliente y qué efectos jurídicos podría tener lugar.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) no se pronuncia sobre esta obligación de subrogación, tan sólo se limita a señalar en su artículo 120 que lleva como rúbrica *“Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”* que *“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”.*

Este precepto resulta de aplicación también, de acuerdo con el artículo 137 del TRLCSP, a los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas que estén sujetos a regulación armonizada o que sean contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 207.000 euros, a los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 y a los contratos distintos a los mencionados de cuantía superior a 50.000 euros.

Aunque nos encontramos ante una cuestión de ámbito laboral, no obstante ha sido objeto de pronunciamiento por parte de órganos consultivos de contratación, tribunales administrativos que conocen el recurso especial en materia de contratación, así como por la jurisdicción social y contencioso-administrativa no siendo una cuestión pacífica, siendo destacables los pronunciamientos que a continuación se exponen.



Con respecto a los informes emitidos por los órganos consultivos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 31/99, de 30 de junio de 1999 se pronunciaba sobre la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de determinados contratos de una cláusula que determine la obligación de la empresa adjudicataria a subrogarse en los contratos laborales del personal de la empresa que anteriormente prestaba el servicio. La Junta Consultiva remitía al ámbito laboral cuestiones relativas a la subrogación de trabajadores en los siguientes términos *“en definitiva, se entiende que 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 el 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, pues la posibilidad de subrogación en relaciones laborales no puede configurarse ni como requisito de capacidad y solvencia, ni como criterio de adjudicación del contrato, extremos que son los que deben ser objeto de determinación en los citados pliegos de cláusulas administrativas particulares”*.

En el Informe 50/07, de 29 de octubre de 2007, la Junta Consultiva indicaba que debía incluirse en los pliegos la información sobre las obligaciones que asumiría el futuro contratista en lo que respecta a aquellas que proceden de normas sectoriales, en este sentido, lo relativo a las personas que vinieran prestando los servicios así como en lo que respecta a su situación laboral. De esta manera, ponía de manifiesto que *“no obstante lo anterior, cabe señalar que la cuestión que plantea el Segundo Teniente Alcalde del Ayuntamiento de Palma del Río ha sido ya objeto de informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa como son los informes de 30 de junio de 1999 (expediente 31/99) y de 23 de octubre de 2002 (expediente 33/02). En el primero se señala que las cuestiones relacionadas con la subrogación de una empresa en las relaciones laborales es una cuestión que ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente. En el segundo se indica que “la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en si, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley. Desde tal perspectiva, el conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan su situación laboral cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan en los términos establecidos en el artículo 79.1 de la Ley, el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición. La ausencia de tal dato llevaría a una situación de ignorancia de aquellas obligaciones que debe asumir viciando su posición ante el contrato”*”.

Y en el Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010, la Junta Consultiva dictaminaba que el contrato contiene los derechos y obligaciones para la Administración y el contratista, y no podría contener estipulaciones que afectarán a terceros *“la obligación de subrogación no tiene su origen en los documentos contractuales por cuanto éstos establecen los derechos y obligaciones que se derivan de la relación contractual para las partes, pero, lógicamente, no pueden contener estipulaciones que afecten a los derechos y obligaciones de terceros, como son en este caso los trabajadores afectos al servicio objeto del contrato”*.



Esta Comisión Consultiva también tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión a tratar en el Informe 5/2014, de 24 de noviembre, sobre diversas cuestiones surgidas en torno a la figura de la subrogación de personal en materia de contratación pública. En este informe una de las cuestiones que se planteaban era la relativa a las consecuencias del incumplimiento por parte de la nueva empresa adjudicataria de la obligación de subrogación recogida en el artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores en un contrato de servicio de limpieza de los Colegios Públicos celebrado por el Excmo. Ayuntamiento de Bormujos (Sevilla). En este sentido, indicábamos que *“Pues bien, partiendo de esta regulación y de la existencia en el supuesto que analizamos de un contrato de servicios de limpieza de los Colegios Públicos, consideramos que estamos ante un contrato del sector público, en el que la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución del contrato, es una obligación de naturaleza laboral, no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales y en el supuesto que nos ocupa procede, por estar previsto de forma expresa, en el convenio colectivo que le sea de aplicación y en las condiciones en el mismo recogidas”*.

En cuanto a pronunciamientos sobre la cuestión de los tribunales administrativos que conocen el recurso especial en materia de contratación, citamos la Resolución n.º 6/2015, de 9 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que manifestaba que *“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 y debe regirse por las estrictas normas que la disciplinan, no siendo competencia de este Tribunal resolver sobre el cumplimiento o incumplimiento de las normas laborales”*.

También merece ser citada la Resolución n.º 89/2016, de 5 de febrero, en la que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señalaba que *“si observamos los argumentos del recurrente relativos a la obligación de subrogarse en determinados contratos o poniendo de manifiesto la imposibilidad de realizar esta subrogación en determinadas condiciones relativas a las retribuciones o categorías laborales se llega a la conclusión de que estas controversias deben dirimirse por la normativa laboral, que a estos efectos es preexistente y ajena al contrato en cuestión. Es evidente que la correcta interpretación de la norma laboral es una labor que no puede corresponder a este Tribunal, sino que la resolución de la discrepancia sobre la correcta aplicación del convenio colectivo ha de ser competencia de los tribunales de la Jurisdicción Social”*.

Y la Resolución n.º 269/2016, de 15 de abril, en la que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales indicaba que *“existiendo discusión entre la recurrente y el órgano de contratación sobre si procede la subrogación, se ha de consignar al respecto de cuándo procede ésta, que es clara la doctrina de este Tribunal en el sentido de que 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 o resulta de la aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, con independencia de si el pliego administrativo la contempla o no. Así, se lee en nuestra Resolución de 5 de febrero de 2016 (recaída en el Recurso n.º 1277/2015), con cita de diversas otras así como de informes tanto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como de la Abogacía General del Estado (...). En la Resolución 075/2013, de 14 de febrero, con cita de otras de este Tribunal, recordábamos que la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros*



*ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y forman parte del estatus del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social”.*

Por último, citamos también la reciente Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 119/2017, de 9 de junio de 2017, que indica en el fundamento de derecho sexto que *“Así pues, la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate”.*

En lo que se refiere a pronunciamientos sobre esta cuestión por la jurisdicción social, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo admite la posibilidad de que la obligación de subrogación de trabajadores pueda imponerse en los pliegos.

Así, en la sentencia de fecha 4 de abril de 2005, nº de recurso 2423/2003, manifestaba que *“el precepto, cuya infracción se denuncia, ordena la continuidad de los contratos de trabajo y la subrogación en los derechos y obligaciones del empresario, cuando le suceda otro en la explotación de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Y la reiterada doctrina de esta Sala, contenida entre otras en las sentencias 3 y 14 de octubre de 1998, 1 de febrero, 13 de octubre y 20 de diciembre de 1999, 22 de mayo de 2000, ha venido declarando que para que exista sucesión de empresas es necesario que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial. En otro caso, de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce porque la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión”.*

Y en la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013, nº de recurso 1334/2012, indicaba que *“si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad. En estos últimos casos, 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 que estarse a esa fuente para delimitar el alcance de la obligación de subrogarse”.*

En otro sentido se pronuncia el orden jurisdiccional contencioso administrativo (a excepción de la Audiencia Nacional).



La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de marzo de 2015 (recurso de casación 1009/2014 contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 12 de febrero de 2014 estimatoria del recurso deducido contra una Resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento de 27-07-2011, sobre anuncio de convocatoria de licitación pública y aprobación del Pliego de condiciones que han de regir 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)), señalaba en su fundamento de derecho segundo que *“los motivos de casación interpuestos por lo recurrente son tres y se acogen al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción. Consiste cada uno en lo que, a continuación, resumimos (...).*

*(2º) Sostienen igualmente los recurrentes en casación que la sentencia de instancia se aparta de la jurisprudencia aplicable sobre la subrogación de trabajadores. Recuerdan que, según ha dicho la Sala, no puede ser un factor para atribuir puntos y únicamente cuando lo prevea el convenio colectivo será procedente que el pliego contemple como exigencia esa subrogación. Y reprochan a la sentencia que sigan los razonamientos que se hicieron sobre la ilegalidad de anteriores pliegos que, a diferencia de éste, sí asignan puntos por el compromiso de subrogarse en las relaciones laborales del anterior concesionario. Y, asimismo, le reprochan no haber indagado si el convenio colectivo vigente contempla o no esa exigencia. Además, nos dicen que el artículo 61 del Convenio Colectivo Laboral acordado entre las representaciones de empresas y trabajadores de los transportes de servicios regulares y discretionales de viajeros de Vizcaya para 2011 y 2012, que entró en vigor el 1 de enero de 2011 contempla “el derecho de subrogación”, de manera que el pliego se ajusta a Derecho”.*

Sobre este motivo en el fundamento jurídico quinto indica que *“el segundo motivo debe ser desestimado. La sentencia, 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 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) n.º 1370/2007, ni del artículo 104 de la LCSP (...).”.*

*La Sala de Madrid, al pronunciarse de este modo, está teniendo presente de 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 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”.*



Por otra parte, nos parece relevante el pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en la sentencia de fecha 25 de marzo de 2015, nº de recurso 180/2013, que estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de 5 de abril de 2013 (rec. 137 y 141) del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales relativa a la concesión de servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera, la cual anula por su disconformidad a Derecho, exclusivamente en cuanto anula la cláusula 2.1.5 de los Pliegos referida a la subrogación obligatoria del adjudicatario, y declara la conformidad a derecho de dicha cláusula.

Conviene precisar que la Resolución de 5 de abril de 2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales fue objeto de cuatro recursos ante la Audiencia Nacional, el 122/2013 interpuesto por la Abogacía del Estado, el 180/2013 interpuesto por NEX CONTINENTAL HOLDING SLU, el 188/2013 interpuesto por AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA y el 193/2013 interpuesto por GLOBALIA AUTOCARES S.A., aunque los motivos de impugnación de los recursos y las perspectivas de las diferentes partes recurrentes no eran coincidentes.

Poniéndonos en antecedentes, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la citada Resolución anula dos cláusulas del pliego de condiciones del contrato en cuestión. Una de ellas hacía referencia a la subrogación obligatoria del adjudicatario. Expone el Tribunal que sobre la mención en los pliegos a la subrogación obligatoria en los contratos públicos ya tuvo oportunidad de pronunciarse y argumenta que la obligación o no de subrogarse en los contratos de trabajo depende de si está contemplada en el convenio colectivo del sector. Si no está contemplada, los pliegos no podrán contener tal obligación puesto que excedería de su contenido jurídicamente admisible. Además, añade que las contingencias de las relaciones laborales del concesionario no pueden venir predeterminadas en el pliego, debiendo evitarse cualquier referencia que pueda inducir a error al respecto, en los casos en que sea necesario introducir la referencia a la subrogación del nuevo contratista.

La sentencia de la Audiencia Nacional diferencia tres supuestos de subrogación en las relaciones laborales en las contrataciones: la subrogación legal, que viene establecida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores; la subrogación convencional que se produce cuando la misma se establece por la vía de un convenio colectivo estatutario; y la denominada subrogación contractual, en la que la *“obligación de subrogar nace del acuerdo entre las empresas que se suceden o, en nuestro caso, del pliego de condiciones de la contrata”*.

La Audiencia Nacional señala que mientras que la subrogación legal y convencional es obligatoria, la subrogación contractual es voluntaria, es decir, exige la expresa voluntad del trabajador. Indica que el hecho de que no exista convenio de aplicación y, por tanto, no proceda la subrogación convencional o no exista subrogación legal no impide que no pueda existir subrogación contractual. Argumenta que nada impide que no puedan establecerse en los pliegos de condiciones un pacto de subrogación condicionado a la aceptación de los trabajadores y en defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y en el empleo, considerando legítima el establecimiento de estas cláusulas por las siguientes razones: 1. Por estar amparada en el principio de libertad de pactos; 2. Por tener asimismo amparo en lo establecido en el artículo 120 LCSP; 3. Por ser esta también la línea en la que se mueve la jurisprudencia (orden social); 4. Por no considerar que el establecimiento de este tipo de cláusulas suponga una discriminación contraria a la competencia.





Así, en la citada sentencia, la Audiencia Nacional indicaba que *“mientras que la subrogación legal y convencional es obligatoria para las empresas y los trabajadores; cuando se trata de una subrogación convencional (sic)<sup>1</sup>, el pacto entre la Administración y el nuevo contratista, no puede ser obligatorio para el trabajador. Pues como razona con acierto el Informe de la Abogacía del Estado de 29 de junio de 2005 este tipo de cláusulas “supone, de facto, el establecimiento de un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato”.*

*Dicho de otro modo, la subrogación convencional (sic)<sup>2</sup> no puede ser obligatoria para los trabajadores, sino que es voluntaria y así se deriva del principio contenido en el artículo 1205 del Código Civil (LEG 1889, 27). Y por esa razón, en el presente caso, con absoluta corrección, la cláusula no impone la subrogación, sino que exige la expresa voluntad del trabajador.*

*Ahora bien, 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 – aquí se encuentra a nuestro juicio el error del TACRC- que no puedan establecerse en los pliegos de condiciones un pacto de subrogación condicionado a la aceptación de los trabajadores y en defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y en el empleo”.*

Con este pronunciamiento, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional se separa del criterio emitido por los órganos consultivos de contratación pública y por los tribunales administrativos de recursos contractuales que admitían que la obligación de subrogación de trabajadores sólo podría venir impuesta por convenio colectivo o por ley y sigue la línea jurisprudencial de la sala de lo social del Tribunal Supremo que sí admitía la posibilidad de que la obligación de subrogación de trabajadores pueda imponerse en los pliegos.

No obstante, el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha de 8 de junio de 2016 casa y anula la sentencia dictada el 25 de marzo de 2015 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso nº 122/2013, y más recientemente la sentencia de fecha 23 de enero de 2017, casa y anula la sentencia de fecha 25 de marzo de 2015 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso nº 180/2013 que hemos reproducido anteriormente.

En unidad de doctrina y seguridad jurídica, el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 23 de enero de 2017, reproduce los fundamentos cuarto a séptimo de la sentencia de 8 de junio de 2016 dado que el motivo del recurso es idéntico al desarrollado en el recurso de casación 1602/2015 que dió lugar a dicha sentencia.

Del pronunciamiento del Alto Tribunal en dicha sentencia destacamos lo siguiente:

---

1 Debe entenderse contractual

2 Debe entenderse contractual



*“En primer lugar, el Reglamento CE/1370/2007 no obliga a las autoridades competentes a exigir la subrogación del nuevo concesionario en los contratos de trabajo del personal que prestaba servicios con el anterior operador más allá de lo que resulte de la legislación vigente, incluidos los convenios colectivos. Pueden hacerlo pero no necesariamente deben hacerlo.*

*En segundo término, el artículo 75.4 de la Ley 16/1987, en su redacción original, no impone a la Administración exigir la subrogación del nuevo operador en los mencionados contratos de trabajo y reenvía al respecto a la legislación laboral. Este precepto no es incompatible con el artículo 4.5 del Reglamento CE /1370/2007. Desde el momento en que este último faculta a las autoridades competentes para exigir o no la subrogación, está claro que cabe no requerirla y estar a lo que resulte de la legislación correspondiente. Dicho de otro modo, el reglamento europeo no desplaza a la Ley española que sigue siendo aplicable. En tercer lugar, la nueva redacción del artículo 75.4, sí impone la exigencia de la que estamos hablando, pero lo hace a partir de su entrada en vigor. Tiene razón la recurrente cuando dice que esta modificación normativa significa que, con anterioridad, no estaba establecida pues, ciertamente, no resultaba de la Ley 16/1987 con anterioridad ni de la interpretación del artículo 4.5 en cuestión.*

*Por tanto, la cláusula 2.1.5. es contraria al artículo 75.4 de la Ley 16/1987, y resulta acertado el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.*

*Y la referencia que hace la sentencia al artículo 120 del Real Decreto Legislativo 3/2011, no lleva a una solución distinta pues solamente se refiere a la información que han de ofrecer sobre la subrogación los contratos que la impongan a los adjudicatarios.*

*La resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales es conforme a la interpretación que la Sala ha realizado en la sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013) y en las anteriores a las que se remite.*

*En efecto, en esa sentencia se sigue el mismo criterio sentado con anterioridad a propósito de cláusulas de los pliegos de condiciones de licitaciones semejantes a las de este caso en las que se preveía la atribución de determinados puntos a las ofertas que incluyeran el compromiso de subrogación en los contratos laborales del personal del operador saliente. La Sala confirmó la anulación de las mismas dispuesta en la instancia, corroborando que esa subrogación resultaría, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos y, por eso, no debía ser fuente de asignación de puntos.*

*La diferencia en el caso de la sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013) es que en esa ocasión la cláusula cuestionada no preveía la atribución de puntos por la subrogación sino que exigía al nuevo adjudicatario que se subrogase en las relaciones laborales del anterior. Ahora bien, aquí la Sala siguió entendiendo que era a la legislación laboral a la que se debía atender para imponer o no esa obligación”.*

En consecuencia, el Tribunal Supremo en las dos sentencias citadas anula la doctrina asentada por la Audiencia Nacional que consideró válida la subrogación contractual impuesta por el pliego de



condiciones y asume la doctrina de los órganos consultivos de contratación y los tribunales que conocen el recurso especial en materia de contratación.

Conviene precisar, con respecto a la sentencia reproducida, que cuando el Tribunal Supremo cita la sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013), consideramos que se trata de una errata y que debe referirse a la sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2014), que también hemos citado en este informe.

Por último, merece también que se cite el Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía que en su apartado undécimo dispone que *“Se insta a la Consejería con competencia en materia de Hacienda a iniciar los trámites legales, en un plazo máximo de 2 meses y en el marco de la comisión de seguimiento y control establecida en la disposición duodécima del presente acuerdo, que posibiliten el introducir en la normativa correspondiente las cláusulas relativas a garantizar el cumplimiento del convenio colectivo aplicable, así como la subrogación del personal en los cambios de titularidad en la contrata, con el objetivo de velar por el respeto de las condiciones laborales del personal que desarrolla su actividad en las contrataciones realizadas por la Administración de la Junta de Andalucía y facilitar un marco de competencia leal a las empresas que optan a ser adjudicatarias de las contrataciones”*.

Teniendo presente todo lo anteriormente expuesto, véase que, por un lado, el orden jurisdiccional social admite la posibilidad de que la subrogación de trabajadores se imponga en los pliegos, mientras que los órganos consultivos de contratación, los tribunales administrativos que conocen el recurso especial en materia de contratación y el orden jurisdiccional contencioso administrativo no participan de este parecer, considerando que la subrogación de trabajadores es una cuestión que corresponde a la legislación laboral a la que se debe de atender para imponer o no esa obligación.

El pliego de cláusulas administrativas particulares establece los derechos y obligaciones que deberán asumir las partes del contrato, es decir, el órgano de contratación y el contratista, en las condiciones que en aquél se establezcan para la perfecta ejecución de la prestación. Así, se desprende del literal del artículo 115.2 de TRLCSP *“en los pliegos de cláusulas administrativas 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”*. Y además, dichos pactos y condiciones son aceptados por el adjudicatario desde el momento en que presenta su proposición sin salvedad o reserva alguna.

No obstante y sin perjuicio de ello, esta Comisión considera que nada obsta que el propio pliego de cláusulas administrativas particulares pueda incluir cláusula de obligación de subrogación de personas trabajadoras pero, siguiendo el criterio expresado por los órganos consultivos de contratación, los tribunales administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso administrativa, siempre que dicha obligación, al tratarse de una cuestión laboral, venga impuesta por Ley o por convenio colectivo, debiendo, además, dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 120 del TRLCSP.



Cuestión distinta es la relativa a qué efectos contractuales pudieran otorgarse a dicha cláusula, como pudiera ser, por ejemplo, el establecimiento de dicha cláusula como condición especial de ejecución con el carácter de esencial, cuyo incumplimiento produciría la resolución del contrato.

2. Se formula como segunda cuestión si es conveniente incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares de los expedientes de contratación de servicios, la información prevista en el artículo 120 del TRLCSP aún en los supuestos en los que no es obligatorio y en prevención de una decisión judicial que imponga la subrogación por aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

La obligación de información establecida en el artículo 120 del TRLCSP a los licitadores se establece para los casos en que se imponga al adjudicatario obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, bien la obligación venga impuesta por ley o por convenio colectivo.

En la tramitación de un expediente de contratación de servicios y, en general, en cualquier otro tipo de contrato, han de tenerse en cuenta las circunstancias presentes en las que se tramita, pero no es posible contemplar posibles situaciones o escenarios que puedan o no puedan producirse. Es decir, esto que plantea el órgano consultante supone que las personas licitadoras presenten una proposición económica en la que en su elaboración se hayan tenido en cuenta la evaluación de costes laborales supuestamente futuros y, por tanto, la proposición no se ajustaría a las condiciones presentes de la licitación lo que no parece correcto.

3. En la última cuestión se plantea si la obligación de subrogación prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores resulta o no aplicable a los contratos de servicios celebrados por todo el sector público.

Conviene realizar una precisión sobre lo expuesto en la consulta cuando se cita, en relación con nuestro Informe 5/2014, de 24 de noviembre, que la Comisión Consultiva tenía admitido que la obligación de subrogación contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no es de aplicación a los contratos de las Administraciones Públicas. Pues bien, indicar que no es un pronunciamiento de esta Comisión sino del Tribunal Supremo (STS 888/2014, de 25 de febrero de 2014) que recogimos en dicho informe.

No obstante, debemos indicar la existencia de pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo acordando la existencia de sucesión de contratos ex art. 44 del Estatuto de los Trabajadores. Así, la STS de 23 de octubre de 2009, nº recurso 2684/2008, o la STS de 27 de abril de 2015, nº recurso 348/2014.

En todo caso, y tratándose de una cuestión laboral, corresponde a la jurisdicción laboral pronunciarse, en cada caso concreto, si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para que proceda la subrogación de trabajadores en contratos de servicios celebrados por el sector público.



## III – CONCLUSIONES

1. El pliego de cláusulas administrativas particulares regula las relaciones entre el órgano de contratación y el contratista. No obstante y sin perjuicio de ello, el propio pliego de cláusulas administrativas particulares puede incluir cláusula de obligación de subrogación de trabajadores pero siempre que dicha obligación, al tratarse de una cuestión laboral, venga impuesta por la legislación sectorial aplicable o por convenio colectivo.

2. La obligación de información establecida en el artículo 120 del TRLCSP a los licitadores se establece para los casos en que se imponga al adjudicatario obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales bien la obligación venga impuesta por ley o por convenio colectivo.

3. Corresponde a la jurisdicción laboral pronunciarse, en cada caso concreto, si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para que proceda la subrogación de trabajadores en contratos de servicios celebrados por el sector público.

Es todo cuanto se ha de informar.

