

Los pliegos de cláusulas administrativas no tienen que recoger la obligación de subrogación laboral

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La convicción de la empresa adjudicataria sobre la obligación de subrogación laboral de la empresa que la suceda en la contrata no compromete la actuación de la Administración en el pliego de la nueva convocatoria. En efecto, si la anterior contratista no previó, en el precio de su oferta, la posibilidad de soportar el coste del despido de los trabajadores por no establecer en el pliego de la siguiente convocatoria la subrogación laboral, el riesgo de tal actuación no es imputable a la Administración oferente.

1. En el supuesto que analiza la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 18 de junio del 2019, Ar. 194504, la empresa, adjudicataria del contrato del «servicio de auxiliares de servicio» de una universidad madrileña, al publicarse una nueva convocatoria de dicho contrato de servicios, recurre ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP) de la Comunidad de Madrid interesando que se anule y deje sin efecto y que se oferte otro concurso con la obligatoriedad de subrogación del personal existente. Para el supuesto de que no proceda la anulación requerida, solicita subsidiariamente que se modifique la cláusula correspondiente del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), introduciendo en ella la subrogación obligatoria del referido personal.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Tras desestimar la pretensión el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, la empresa en cuestión recurre ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En el recurso, la empresa alega la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación constitucionales, el artículo 139 de la antigua Ley de Contratos del Sector Público (RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre) por resultar de aplicación al supuesto de hecho (la vigente, como es sabido, es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre —BOE de 9 de noviembre—, en adelante también TRLCSP/11 o LCSP/17, respectivamente), los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, la doctrina de los actos propios, la falta de motivación del artículo 54.1c de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la petición al adjudicatario que estaba prestando el servicio de la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores, según el artículo 120 TRLCSP/11. Buena parte de los preceptos, principios y argumentos esgrimidos serían admisibles con la legislación vigente, de ahí el interés de este análisis.

2. En su Sentencia de 9 de diciembre del 2015, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el recurso interpuesto por la empresa, razonando así su fundamento de derecho cuarto: «Lo primero que es necesario dejar sentado es que las actuaciones del personal de la Universidad que refiere la recurrente, aun cuando fuera cierto que se hacen porque aquel personal consideraba que se iba a incluir la cláusula de subrogación del personal en el siguiente concurso, ello por sí mismo no puede impedir a la Universidad cambiar su criterio en esta cuestión en función de nuevas circunstancias, y eliminar en consecuencia la cláusula en el siguiente concurso, y ello porque no prohibiendo el Derecho aplicable este cambio, antes bien permitiéndolo porque los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas de un determinado contrato administrativo sólo producen efectos vinculantes respecto de dicho contrato y no respecto de los contratos futuros, no puede hablarse en rigor de confianza legítima y de seguridad jurídica, ni tampoco de vinculación a los propios actos». En relación con el escándalo de costes del servicio que presentó la recurrente en el anterior concurso, no comparte la Sala que el hecho de que en aquél figurase expresamente que no se incluían en el valor de la hora ofertado los costes de despido del personal respecto del que se subrogaba aquélla podía suponer una condición implícita de la oferta presentada a la Universidad. En ningún momento esta última aceptó la obligación de ofertar los próximos pliegos con la cláusula de subrogación en la plantilla de personal, considerándose erróneamente que esa condición había pasado a formar parte del contrato firmado entre la Universidad y la contratista.

Expone el tribunal en la citada sentencia que, en el ámbito de los contratos del sector público, el contenido y la eficacia vinculante de los contratos no deriva —a diferencia de los contratos privados regidos por el Derecho civil y mercantil— de los pactos, cláusulas y condiciones que las partes del contrato tienen por conveniente establecer en uso de la libertad de pactos recogida por el artículo 1245 del Código Civil. Lo que determina ese contenido y eficacia vinculante es, en primer lugar, la legislación sobre contratos del sector público, que regula con detalle la cuestión y deja un limitado margen a la Administración contratante, y, en segundo lugar, el

contenido de los pliegos de cláusulas que rigen cada contrato. Y ello por los intereses públicos que se hallan en juego en esta clase de contratos, de manera que no es jurídicamente válido, aun en el supuesto de que en el contrato figure explícitamente que la Universidad deba establecer una cláusula por la que se comprometa a incluir en el siguiente contrato la subrogación del personal —algo que no ocurre aquí—, que las cláusulas de un contrato prevalezcan sobre lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público y en los pliegos rectores de aquél. La expresión en el escandallo que la recurrente presentó con su anterior oferta y la necesidad de que la Universidad incluyera en los pliegos del siguiente contrato la obligación de subrogación en el personal de la plantilla —que efectivamente así aparece en el escandallo en cuestión— sin duda fue conocida por la Universidad, pero ello «no significa, ni implica ni presupone que ésta quede vinculada por esa pretensión de la licitadora, que tiene que ser consciente de los riesgos que asume al presentar su oferta del mismo modo que el resto de los licitadores que concurrieron a ese concreto concurso, estando la Universidad obligada y vinculada por el contenido del pliego de ese concurso y no por otra cosa».

3. La principal discrepancia de la adjudicataria en el recurso de casación radica en no incluir en el pliego de condiciones del nuevo contrato la obligatoriedad de la subrogación del personal laboral.

A tal efecto, la Sala recuerda como, por una parte, el Tribunal Supremo ha reiterado que «la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en cada caso aplicables, y no por el propio pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral». Por otro lado, también tiene declarado el tribunal 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 que esté destinado a la prestación del servicio) y que forman parte del *status* 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» (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de junio del 2019, Ar. 194504, FJ 2). La subrogación no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato. De este modo, sólo cuando la subrogación venga impuesta por ley por Convenio Colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia. Mantiene así esta Sala en la Sentencia del Tribunal Supremo —Contencioso-Administrativo— de 8 de junio del 2016, Ar. 3491, la doctrina que indica 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» (FJ 6).

Con todo, el argumento nuclear que permite a la jurisprudencia contencioso-administrativa rechazar la posibilidad de que los pliegos de contratación impongan la subrogación es, sin duda, el que parte de considerar que dicha obligación sólo puede derivar de la aplicación del régimen jurídico de la sucesión de empresas previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (LET) —en aquellos casos en que el cambio de contratista va acompañado de la transmisión de una entidad económica entendida en los términos previstos en dicho precepto—, en otra norma legal o, si estos preceptos no resultan aplicables, cuando la subrogación esté prevista en el Convenio Colectivo de aplicación. No cabe, para los órganos administrativos encargados de interpretar y controlar la legalidad de los pliegos de condiciones, que estos últimos incorporen cláusulas subrogatorias fuera de tales supuestos. La razón para llegar a esta conclusión es que una cláusula de estas características «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» (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de junio del 2019, Ar. 194504, FJ 2). 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 «que forman parte del *status* de 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.

Esto significa, en la doctrina que establece la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo (Ar. 194504), que la inclusión de dicha cláusula de subrogación, «además de no procedente según lo antes expuesto, alteraría profundamente la igualdad y la discriminación [...]. Lo que Munda Ingenieros S. L. pretende es que la igualdad entre los licitadores de un nuevo concurso se vea alterada por la obligación de asumir un personal, del que tendrían que prescindir en un 56,58 %, a la vista de la reducción del presupuesto en el nuevo concurso. Y todo ello, porque Munda Ingenieros S. L., la anterior contratista, desea imponer a todos los licitadores una obligación de extinción de contratos laborales a los que los licitadores del nuevo contrato son absolutamente ajenos. Fallaría entonces la base misma de la igualdad entre los licitadores del artículo 139 TRLCSP» (FJ 3). Finalmente, y por lo que se refiere a la obligación de la empresa —incluida en el artículo 120 TRLCSP/11— de proporcionar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación obligatoria, el Tribunal Supremo considera que no debe prosperar porque se trata de una norma aplicable «en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales», y en el contrato licitado esta obligación resulta inexistente (FJ 6).

4. Este pronunciamiento adquiere especial significación cuando se discute el alcance de la regulación establecida en el vigente artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público del 2017. Aunque su rúbrica parece indicar, en los términos que también expone la

sentencia analizada, que se trata únicamente de regular la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo, lo cierto es que el contenido del precepto parece más ambicioso. De hecho, el artículo 130.6 de la citada norma establece todo un régimen de responsabilidades del contratista, aun cuando se produzca la subrogación y siempre sin perjuicio de la aplicación de la norma laboral sobre sucesión de empresas, esto es, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, lo que ha llevado a cuestionar la posible responsabilidad de la Administración oferente sobre la subrogación de los trabajadores.