

La Oficina de Contratación tiene vocación de servicio, asistencia y asesoramiento a los órganos de contratación, y naturaleza de servicio administrativo, de tal manera que su criterio tiene únicamente carácter orientativo y en ningún caso sustituye al de los órganos consultivos y de control que actúan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Numero de Consulta	001/2021
Materia	Subrogación de trabajadores
Solicitante	Servicio Provincial de Zaragoza del Departamento de Educación, Cultura y Deporte
Fecha de solicitud	15/01/2021
Vía	Correo electrónico
Disposiciones aplicables	Artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

CONSULTA

Se consulta a la Oficina de Contratación Pública por parte del Servicio Provincial de Zaragoza del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, acerca de una posible subrogación del personal de un contrato en otro. El Colegio de Educación Infantil y Primaria de Odón de Buen de Zuera contaba con dos comedores uno de ellos con la modalidad de cocina in situ y el otro con la de línea fría, siendo el adjudicatario de cada uno de ellos distinto. Se ha procedido a cerrar el comedor de modalidad in situ, al haber todos los alumnos del centro que usaban los servicios de comedor, y el servicio provincial se plantea si el personal adscrito al contrato de monitores del contrato de modalidad in situ debe subrogarse o no en el de línea fría.

RESPUESTA

Debe advertirse con carácter previo que la presente consulta rebasa en parte el ámbito propio de asesoramiento de la Oficina de Contratación Pública, al incidir sobre aspectos cuya regulación corresponde al Derecho laboral. En ese sentido, se recomienda al Servicio Provincial de Zaragoza que recabe información adicional acerca de cualquier cuestión de índole laboral, sometiéndose la opinión de la Oficina a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

Entrando en el fondo de la consulta, la base para responderla radica en el marco legal que rige la subrogación en materia de contratación pública. A este respecto, los tribunales administrativos de recursos contractuales mantienen un criterio común a la hora de considerar que la obligación de subrogación proviene exclusivamente de las fuentes del Derecho laboral y que su inclusión ex novo a través de los Pliegos constituye un vicio de

nulidad de pleno Derecho. En esta línea, cabe citar el Acuerdo 72/2016, de 14 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante, TACPA), donde se dice que *«la obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad. Es decir, cuando por convenio colectivo, o por previsión legal, se contempla la obligación de subrogación, los pliegos de la licitación pública deben, necesariamente, incluir tal previsión y tenerla en consideración a la hora de determinar el valor estimado del contrato. Es, en suma, una obligación laboral, pero indisponible por el pliego, pues las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, tal y como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Tal posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que permiten un mejor cumplimiento del contrato (Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, que admite incluso la subrogación “contractual”)»*.

También puede citarse, entre otros muchos acuerdos y resoluciones, el acuerdo 7/2014, de 6 de febrero, en el que el TACPA explicaba, haciendo propio el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 6/2012, de 6 de febrero, que *«la obligación de subrogación del personal en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea en la normativa laboral aplicable y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad»*.

Con la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, el peso de los convenios colectivos ha aumentado, diluyendo en parte la tradicional desvinculación entre la Administración Pública y los convenios colectivos (véanse, los acuerdos 127 y 128/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón para más información). No obstante, en lo que respecta a la subrogación cabe mantener todo lo expuesto anteriormente, de modo que hemos de atenemos principalmente al Derecho laboral para determinar de qué forma se producirá la subrogación.

Profundizando en la cuestión ya desde una vertiente laboral, la sentencia 873/2018 del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2018, constituye una referencia de gran utilidad, especialmente por haber introducido un giro en la jurisprudencia previa. En ella se sostiene que en aquellas actividades donde el uso de mano de obra sea intenso y represente el elemento prevalente frente al resto de medios no personales, cuando un nuevo contratista asuma una parte relevante de la plantilla del anterior empresario, como consecuencia de la obligación de subrogación impuesta desde el Convenio colectivo, las

reglas aplicables a la subrogación serían las del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresa. Esto supondría, entre otras consecuencias, la subrogación de la totalidad del personal adscrito a la contrata, el mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores y del Convenio colectivo que les fuera aplicable y la responsabilidad solidaria por las deudas laborales y de Seguridad Social del anterior empleador (este último extremo, el relativo a la responsabilidad por las deudas, plantea interesantes cuestiones en relación al artículo 130.6 de la LCSP, pero al no afectar a la presente consulta, no resulta pertinente profundizar en él).

Esta sentencia ha sido refrendada en otras posteriores y trae causa de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2018, (Asunto C-60/17, Somoza Hermo) en la que, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada sobre la subrogación convencional por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el Tribunal europeo declaraba que resulta aplicable el régimen legal de la sucesión de empresas igualmente *«cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo»*.

Como se puede comprobar, la obligación o no de subrogar, así como las condiciones en las que se produce (número de trabajadores afectados, condiciones retributivas, etc) quedan fuera del margen de disposición de los órganos de contratación, a excepción de la propia existencia del objeto contractual que motiva la subrogación. A los órganos de contratación les corresponde seguir únicamente lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP, en los términos planteados por el Acuerdo 72/2016, de 14 de julio, TACPA (las referencias al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público deben entenderse hechas, mutatis mutandi, a la LCSP).

Recordar desde la Oficina de Contratación que los pliegos del contrato no pueden alterar el convenio aplicable, como pusieron de manifiesto, entre otros, el TACPA en su acuerdo 107/2018, de 9 de noviembre, y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en resoluciones como la 40/2018, de 15 de febrero, o la 181/2018, de 14 de junio. Literalmente, se dice que *«los pliegos no pueden exigir que se aplique un convenio colectivo determinado, sino que la cuestión del convenio colectivo aplicable a la relación entre la adjudicataria y los trabajadores viene determinada por la normativa laboral sin que los pliegos pueden alterar el régimen del convenio colectivo que resulte de aplicación»*.

Todo lo expuesto aboca a examinar la regulación del convenio colectivo que resulte de aplicación al caso; según la información proporcionada desde el Servicio Provincial de Zaragoza del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, ese convenio colectivo sería el V Convenio Colectivo del Sector de Monitores de Comedores Escolares Públicos de Aragón.

Acerca de la subrogación, el artículo 18 de este convenio colectivo dice lo siguiente: «al término de la concesión de la contrata de gestión del servicio de Monitores de Comedores Escolares, la nueva empresa adjudicataria se hará cargo del 100% de la plantilla de la empresa saliente imputables directa y exclusivamente a la gestión y realización del servicio, con independencia de la tipología formal de su contrato y de que el mismo sea temporal o indefinido. Así mismo quedarán vinculadas a la empresa entrante todas aquellas personas con contrato fijo-discontinuo que se mantengan en la misma situación de expectativa de llamamiento. Las personas empleadas quedarán adscritas en el mismo centro de trabajo y en las mismas condiciones de trabajo, retributivas y derechos que tuvieran reconocidos. Se incluirán en todo caso en dicha adscripción los derechos de la representación legal de los trabajadores que seguirán en tal condición durante el tiempo de mandato que les restase hasta finalizar el periodo para el que fueron elegidos. En cualquier caso, las personas empleadas seguirán dependiendo de la empresa saliente hasta el momento en que cese en la prestación de los servicios objeto de la contratación administrativa. Las liquidaciones y demás percepciones salariales debidas por la antigua titular a su plantilla saliente serán abonadas a éstos por la misma al finalizar la contrata».

De cara a determinar si procede o no la subrogación de los trabajadores en el presente caso, es importante tener en cuenta lo que menciona el TACPA, si bien, de forma tangencial, en su acuerdo 7/2014, de 6 de febrero; la subrogación se produce en función del objeto contractual, es decir, de la sustancia material del contrato, no del nomen que reciba. Trasladando esta afirmación a varios ejemplos prácticos puede darse el caso de que un determinado servicio se hubiera sacado a licitación tradicionalmente en cuatro contratos diferentes y pasar después a hacerlo en un único contrato dividido en cuatro lotes, o a la inversa. No tendría sentido negar la subrogación por el hecho de que la prestación de uno de los contratos ahora lo fuera de un lote, o, al contrario. Igualmente, hay que considerar que la subrogación siempre se produce entre contratos diferentes en la medida en que tienen una duración determinada. El cambio de adjudicatario en relación a un determinado objeto contractual, salvo supuestos de cesión, se va a producir en el marco de una nueva licitación con su correspondiente nuevo contrato. Aunque sea una práctica administrativa nombrar los contratos que se reiteran en el tiempo de la misma forma, no hay ningún óbice legal para ir cambiando el título del contrato en sucesivas licitaciones. Que un contrato se llame “contrato de limpieza” y que luego cambie a “contrato de limpieza ecológica” y después a “contrato de limpieza de alta calidad” resulta irrelevante a efectos de subrogación mientras se mantenga el mismo objeto en todos los casos. De la misma manera, un contrato podría mantener su nombre, pero ver

alterado su objeto de forma sustancial añadiendo o restando prestaciones, afectando de esa manera a las personas que hayan de estar adscritas a la ejecución del mismo.

Aplicado lo expuesto a la cuestión objeto de consulta, el hecho de que hasta ahora el colegio contara con dos contratos de monitores de comedor (uno para la línea fría y otro para la modalidad in situ) y que ahora uno de ellos desaparezca al dejar de licitarse, dada la supresión de la modalidad in situ, resulta menos trascendente de lo que puede parecer a primera vista. Lo relevante en este caso es comprobar cómo queda configurado el objeto contractual del contrato que subsiste y si experimenta alguna modificación respecto a anteriores licitaciones. Si el contrato de la línea fría amplía su objeto para absorber a los alumnos que acudían al comedor de modalidad in situ, en ese caso puede entenderse que el nuevo contrato de la línea fría no solo “sucede” al contrato previo de esa misma línea, sino también al de la de modalidad in situ. Por el contrario, si el contrato de línea fría se mantiene invariado en cuanto a su objeto, no cabría hablar de subrogación al suponer una mera continuación del servicio que ya se prestaba. Entre estos dos escenarios, también existiría una posibilidad intermedia y es que el objeto del contrato de línea fría resultara ampliado como consecuencia del cierre de la modalidad in situ, pero solo de manera parcial. Al coincidir en un mismo espacio físico, aunque haya más alumnos ocupándolo, es posible que no sea necesario incrementar el número de monitores en el mismo número que los que estaban dedicados al contrato de la modalidad in situ. En ese caso, estaríamos ante una subrogación parcial y no total de la plantilla a determinar conforme a las normas laborales.

El hecho de que el centro de trabajo sea el mismo, por más que las dependencias físicas no coincidan exactamente, apuntala la viabilidad de la subrogación convencional, siempre y cuando haya continuidad en el objeto en los términos ya explicados. Aunque hasta ahora hubiera dos contratos, a tenor de la información transmitida desde el servicio provincial, las tareas que desarrollaban los monitores eran muy similares ambos, pudiendo hablarse casi de una identidad. La diferencia entre la línea fría y la modalidad in situ afecta a la preparación de alimentos, pero no al servicio de monitorización.

A modo de epitome, concluir que debe ser el órgano de contratación quien verifique la coincidencia, o no, entre el objeto del nuevo contrato de línea fría con el de los dos anteriores. Si considera que hay continuidad en cuanto al núcleo del objeto, en principio, se produciría la subrogación en el marco de lo regulado por el V Convenio Colectivo del Sector de Monitores de Comedores Escolares Públicos de Aragón y del resto de la normativa laboral. Si no existe continuidad respecto a los objetos, no habría subrogación.