

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	003/2019
Materia	Subrogación de trabajadores
Solicitante	Instituto Aragonés de la Mujer
Fecha de solicitud	11/02/2019
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

El Instituto Aragonés de la Mujer desea saber en qué condiciones debe efectuarse la subrogación de los trabajadores de dos contratos pendientes de renovación a través de un nuevo procedimiento de licitación. El primero tiene por objeto la atención de una línea telefónica 24 horas. La información suministrada por el licitador para la futura subrogación de los trabajadores hace referencia a 10 personas. Siete de las personas estarían dedicadas al 100%, dos al 87,5 % y una última al 50%. Estos porcentajes suponen un incremento respecto a las condiciones en las que se subrogaron los trabajadores en la anterior licitación en un 35%, sin diferencias de dedicación entre los diez. El segundo contrato consiste en un sistema de GPS y atención de incidencias para las víctimas de violencia de género y el Instituto Aragonés de la Mujer está interesado en saber si podría limitar el porcentaje de jornada del personal a subrogar en función del número de usuarias que se benefician de este servicio.

RESPUESTA

Debe advertirse con carácter previo que estas consultas rebasan en parte el ámbito propio de asesoramiento de la Oficina de Contratación Pública, al incidir sobre aspectos cuya regulación corresponde al Derecho laboral y que trascienden de la normativa puramente contractual. Por ello, se recomienda al Instituto Aragonés de la Mujer que recabe información adicional en lo que respecta a la determinación de los convenios colectivos aplicables para cada uno de los contratos objeto de consulta o acerca de cualquier otra cuestión de tipo laboral donde existan otras voces más autorizadas para responderla. Igualmente, se anima a que el Instituto Aragonés de la Mujer contraste toda

consideración de tipo laboral que se haga, sometiéndose esta Oficina a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho.

La Oficina recuerda que los Pliegos no pueden alterar el convenio aplicable, como así se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su acuerdo 107/2018 y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en sus resoluciones 40/2018 y 181/2018. Así pues, «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 determinado por la normativa laboral sin que los pliegos pueden alterar el régimen del convenio colectivo que resulte de aplicación».

Entrando en el fondo de ambas consultas, la base para responderlas 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 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 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, la 7/2014, en el que se explicaba, haciendo propio el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 6/2012, 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 atenernos 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, se pospone su estudio a fondo para otras ulteriores).

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. Aborda esta cuestión con profundidad el Acuerdo 72/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (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):

«Por lo que se refiere a la obligación de subrogación, conviene recordar que el artículo 120 TRLCSP, exige que se incluya en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, sea cual fuera la causa de su imposición (legal, convencional o contractual)

(...)

Sobre esta obligación de informar, su contenido y alcance, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones. La Resolución 96/2015, de 30 de enero, resume su doctrina sobre la cuestión indicando que: a) Los pliegos que rigen la licitación o la documentación complementaria deben especificar con la suficiente precisión y exactitud, todos los elementos que resulten necesarios para permitir a los licitadores una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que van a incurrir, de resultar adjudicatarios del contrato. b) La obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios. Si existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del artículo 120 TRLCSP —y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación— el órgano de contratación está obligado a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación. Esta información deberá constar en el propio pliego o en la documentación complementaria, siendo aconsejable que se haga, igualmente, constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado artículo 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.

El Tribunal concreta el contenido de la información que debe de ponerse a disposición de los licitadores, que será: “la información precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos”. Sobre la responsabilidad respecto de dicha información, el Tribunal dice que: “la obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de

contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta, a la hora de elaborar su oferta. Es, por tanto, el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario, para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación”. Y concluye: “... a juicio de este Tribunal la veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual sólo puede ser responsabilidad de éste sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla, sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente y en caso de no serlo requerir al adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo incluso, aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el caso de que incumpla dicha obligación, que viene impuesta legalmente y ello para evitar la ventaja competitiva que tendría respecto de los demás licitadores, si la información no es completa”».

El razonamiento mantenido tanto por el Tribunal Aragonés como por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resulta congruente con lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP. El apartado 5 del artículo establece que en el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista. Esto demuestra que la responsabilidad es del contratista anterior y no de la Administración en la medida en que las repercusiones del desajuste de la información no se cargan sobre ella. El órgano de contratación actúa como informador en la subrogación, proporcionando datos a los nuevos licitadores conforme a lo que, a su vez, ha recibido de la adjudicataria previa. No obstante, esta labor informadora sí que le obliga a mantener una actitud diligente de cara a comprobar que los datos son completos, para en caso contrario solicitar aquellos que falten, y que estos son veraces. Si el Instituto Aragonés de la Mujer sospecha que la información que recibe no es fiel, deberá llevar a cabo las actuaciones pertinentes para verificarlo.

En conclusión, el órgano de contratación debe incluir en los Pliegos la información que le ha suministrado el actual adjudicatario del contrato y que, además, habrá de tener en cuenta para calcular el presupuesto base y el valor estimado de licitación. En el primer caso, los trabajadores a subrogar serían los 10 mencionados; en el segundo, las cinco personas que están prestando el servicio en ejecución del contrato puente. El porcentaje de dedicación debe ser el que realmente llevan a cabo el contrato que va a concluir y que tenga continuidad en el nuevo contrato. Las cuestiones laborales resultan ajenas a su

ámbito de disposición, controlando únicamente el órgano la definición de las necesidades a satisfacer por contrato (artículo 99 de la LCSP) y que, cuando se reiteran en el tiempo, generan la obligación de subrogación al nuevo contratista. El órgano de contratación, como se ha explicado, mantiene esencialmente un rol informador, es decir, esencialmente pasivo. Su única acción activa en relación a la subcontratación radica en comprobar que la información proporcionada es completa y veraz. Si ulteriormente estos datos no se correspondieran con la realidad a pesar de gozar de apariencia de veracidad, la responsabilidad sería del anterior adjudicatario tanto con la nueva empresa como con sus antiguos trabajadores si estos se vieran perjudicados en sus intereses legítimos. No obstante, para que se produzca esta descarga de responsabilidad, la Oficina entiende que el órgano de contratación ha de ajustar su comportamiento con lo indicado en el Acuerdo 72/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que, asimismo, citaba la Resolución 96/2015, de 30 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. La jornada que no dediquen los trabajadores actuales a la realización del contrato objeto de renovación a través de una nueva licitación, no es susceptible de incluirse en la obligación de subrogación.