

LA SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES Y LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

MARÍA JESÚS MADRIGAL ESTEBAN Y DAVID MARTÍNEZ SALDAÑA
Abogados *

La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública

Con motivo de la crisis económica, el redimensionamiento de los servicios públicos o los que se prestan directamente a Administración ha sido algo habitual y casi obligado. Una de las mayores problemáticas surgidas ha sido, sin duda, la de la subrogación de trabajadores del contratista saliente en la plantilla del nuevo adjudicatario. Este estudio tiene por finalidad, partiendo del análisis del régimen jurídico de la subrogación de trabajadores en el ámbito de la contratación pública, abordar el alcance del «deber de información» a los licitadores sobre el personal objeto de subrogación y la eventual responsabilidad de los órganos de contratación en el caso de incumplimiento o cumplimiento negligente de esta obligación.

Transfer of Undertakings within the Framework Of Public Contracting

With the economic crisis, the remodeling of public services rendered to the public sector has become normal and often necessary. One of the greatest difficulties is the new contractor's subrogation of employees. This article begins with an analysis of the transfer of undertakings¹ and goes on to deal with the scope of the «information duty» to the bidders regarding the employees to be subrogated and the possible liability of contracting bodies in the event of the breach or negligent fulfillment of this obligation.

PALABRAS CLAVE

Subrogación, Convenio Colectivo, Sucesión de Empresa, Deber de información y Consecuencias de la obligación de información

KEY WORDS

Subrogation, Collective Bargaining Agreement, Transfer of Undertaking; Information Obligations/Rights, Consequences of Breach of Information Obligations/Rights

Fecha de recepción: 26-5-2015

Fecha de aceptación: 30-5-2015

I · SUBROGACIÓN DEL PERSONAL. DISTINCIÓN ENTRE SUCESIÓN DE EMPRESA EX ARTÍCULO 44 DEL ET Y LA SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES POR VÍA CONVENCIONAL

1. Introducción

1.1. Son cuatro los orígenes fundamentales de la obligación de subrogación: (a) sucesión de empresas clásica» del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores («ET»); (b) sucesión de plantillas; (c) subrogación ex convenio colectivo; y (d) subrogación ex pliegos. Cuando se produce un cambio de empresa contratista, la obligación de la nueva adjudicataria (empresa entrante) de subrogar a los empleados de la anterior adjudicataria (empresa saliente) adscritos a la ejecución del contrato puede tener, fundamentalmente, cuatro procedencias distintas:

(i) Que se haya producido una sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores («ET») por haberse transmitido una

unidad productiva autónoma susceptible de ser explotada económicamente (44.2 ET) (sucesión de empresas «clásica»).

(ii) Que, en aquellos sectores en los que la actividad descansa esencialmente en la mano de obra, se haya transmitido una parte cualitativa y cuantitativamente relevante de trabajadores (variante de la sucesión de empresas del 44 ET denominada doctrina de la «sucesión de plantillas» y que acarrea exactamente las mismas consecuencias jurídicas que la sucesión de empresas clásica).

(iii) Que el convenio colectivo aplicable a la nueva y a la anterior adjudicataria prevea la obligación de subrogarse (sucesión ex convenio colectivo o convencional).

(iv) Que los pliegos que regulen la concesión administrativa impongan a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse¹ (sucesión ex pliegos).

* Abogados de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, y de Fiscal y Laboral, respectivamente, de Uría Menéndez (Madrid).

¹ La jurisdicción social admite la posibilidad de que la subrogación de los trabajadores venga impuesta por los pliegos de cláusulas administrativas particulares, aunque en sentido contrario se pronuncian, como se verá más adelante, la jurisdicción

Conviene anticipar que la obligación de subrogarse en los trabajadores se produce en los cuatro supuestos señalados. Sin embargo, el alcance de la obligación de subrogación es distinto en cada supuesto. Así, en el caso de la subrogación *ex* convenio colectivo esta se producirá en los términos y condiciones que fija el convenio (por ejemplo, solo trabajadores que cuenten con cierta antigüedad en la empresa saliente, o solo un determinado porcentaje de trabajadores) y se sujetará a ciertos requisitos (formalidades y entrega de documentación que el convenio colectivo prevea).

Por su parte, la obligación de subrogación *ex* pliegos, se producirá de conformidad con lo establecido en los propios pliegos. Pero, además, como el origen de la obligación no proviene de una norma con eficacia *erga omnes*, sino de un contrato entre la Administración y la nueva adjudicataria, el traspaso de los trabajadores a la nueva adjudicataria deberá ser aceptada por estos (en este sentido, artículo 1205 del Código Civil y la conocida jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la externalización del *handling* —por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2000—).

A diferencia de la sucesión *ex* convenio colectivo y de la sucesión *ex* pliegos, la sucesión de empresas legal del artículo 44 ET, tanto en su modalidad clásica como en su variante jurisprudencial de la doctrina de la «sucesión de plantillas», generan una obligación de subrogación *ope legis*.

Su alcance es más amplio, pues el 44.1 ET señala: «*quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones*». Por tanto, los trabajadores son subrogados de modo que la nueva adjudicataria debe respetar todas sus condiciones (antigüedad, salario, grupo profesional, etc.). En cambio, la sucesión convencional y la sucesión *ex* pliegos pueden incluir limitaciones al modo en que se produce la subrogación (véase por ejemplo, el convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center* en el que el reconocimiento de antigüedad se produce a «los únicos efectos de la promoción profesional»²).

contencioso-administrativa y la doctrina de los órganos consultivos en materia de contratación pública y de los Tribunales independientes que conocen de los recursos especiales en materia de contratación.

² Convenio Colectivo de ámbito del sector de *contact center* (artículo 18.3).

Además, la sucesión de empresas conlleva responsabilidades adicionales a la obligación de subrogarse en los empleados. En concreto, durante tres años a contar desde la transmisión, la anterior y la nueva adjudicataria serán responsables de manera solidaria respecto de las obligaciones laborales nacidas antes de la transmisión —44.3 ET, refiriéndose no solo a salarios, sino a cualquier reclamación laboral anterior a la transmisión como indemnizaciones por despido pendientes de abono, etc.³—, así como obligaciones de Seguridad Social —127 y 104.1 de la Ley General de la Seguridad Social («LGSS»), entendiéndose incluidas las cotizaciones pendientes de abono con sus recargos correspondientes⁴ o prestaciones causadas antes de la sucesión de empresa—, en relación con los empleados adscritos a la unidad productiva autónoma.

Los distintos alcances, dependiendo de la procedencia de la obligación de subrogación, se resumen en el cuadro 1.

2. Presupuestos legales y jurisprudenciales de la sucesión de empresa *ex* artículo 44 ET. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

2.1. Sucesión de empresas *ex* artículo 44 ET (clásica)

Para que se produzca una sucesión de empresas del artículo 44 ET se deberá transmitir una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma (44.1 ET). Este último concepto ha sido definido en el 44.2 ET desde que fuera reformado en el año 2001 como consecuencia de la trasposición de la Directiva 2001/23/CE⁵.

Su actual redacción, inalterada desde entonces, define el concepto de unidad productiva autónoma como «*una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria*» (44.2 ET).

³ Téngase en cuenta, no obstante, que las obligaciones laborales tienen un plazo de prescripción de un año (59.1 ET)

⁴ Téngase en cuenta que el plazo de prescripción de las cotizaciones a la Seguridad Social es de cuatro años (artículo 42 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social).

⁵ Trasposición que se efectuó mediante la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

Cuadro 1.

PROCEDENCIA DE LA OBLIGACIÓN	CONSECUENCIAS JURÍDICAS
SUBROGACIÓN EX PLIEGOS	Obligación de subrogación. — Novación contractual que debe ser aceptada por los trabajadores (1.205 CC y SSTs 20 de febrero de 2000 <i>handling</i>).
SUBROGACIÓN EX CONVENIO COLECTIVO	Obligación de subrogación. — En los términos y condiciones que fija el convenio. — Con límites (trabajadores con determinada antigüedad, porcentaje de trabajadores de la cedente, etc.). — Sujetas a formalidades y entrega de documentación.
SUBROGACIÓN LEGAL (SUCESIÓN DE EMPRESAS 44 ET Y SUCESIÓN EN LA PLANTILLA)	Obligación de subrogación. Responsabilidad solidaria entre cedente y cesionaria laboral y de seguridad social.

Aunque la existencia o inexistencia de una sucesión de empresas debe analizarse y determinarse caso por caso, la cuestión clave para discernir si estamos ante una unidad productiva autónoma reside en si aquello transmitido es susceptible, por sí mismo, de ser explotado económicamente sin necesidad de que el cesionario aporte elementos indispensables, no accesorios.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2003 [RJ 6113] expone⁶ que, para que exista una sucesión de empresas del artículo 44 ET, lo transmitido tiene que ser «una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada» y que «no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite no es (...) un conjunto organizativo, sino unos «elementos patrimoniales aislados»».

Debe destacarse también la reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2015 [JUR 68338], que declara la inexistencia de sucesión de empresas en un cambio de adjudicataria de servicios de *contact center* como consecuencia de la aportación de elementos materiales relevantes por parte de la nueva adjudicataria (FJ 4.º último párrafo). Destaca el Tribunal Supremo que «lo importante no es el cos-

te de las inversiones en medios materiales [aportados por la entrante] sino la necesidad de los mismos».

Por tanto, cuando mediante lo transmitido no sea posible la continuación de la actividad y se demuestre que la aportación de elementos por parte de la nueva adjudicataria no ha sido baladí, sino indispensable para la continuación de la actividad, no existirá sucesión de empresas.

Debe añadirse, a este respecto, que la jurisprudencia comunitaria se ha venido pronunciando de manera constante sobre los aspectos que deben evaluarse conjuntamente para determinar si existe una sucesión de empresas del artículo 44 ET (por todas, se cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2002 —asunto C-51/00 Temco Services Industries— y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/2001 Abler).

Estos aspectos han sido asumidos por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Así, se cita la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013 [RJ 3649], que analiza un caso de sucesión de contratos de vigilancia y servicios auxiliares de información en grandes superficies comerciales. Se resumen allí esos aspectos conjuntos a evaluar del siguiente modo:

«(...) el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate; el que se hayan transmitido o no ele-

⁶ Con referencia a doctrina anterior de la Sala Cuarta, por todas en su Sentencia de 27 de octubre de 1986.

mentos materiales como edificios o bienes muebles; el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión; el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores; el que se haya transmitido o no la clientela; el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de las actividades».

En la práctica, deberá advertirse que, cuantos más elementos de los descritos en el párrafo anterior concurren en nuestro supuesto de hecho, mayor será la probabilidad de que se declare la existencia de una sucesión de empresas del artículo 44 ET.

Por último, conviene citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2014 —asunto Amatori, C-458/12—, que ha requerido que, para que resulte aplicable la Directiva 2001/CE/23 (por tanto para determinar si, desde la perspectiva comunitaria existe sucesión de empresas), la unidad productiva autónoma debe «preexistir a la transmisión» y debe tener «una autonomía funcional suficiente». Se trata de un razonamiento que puede ser de utilidad para mantener la inexistencia de sucesión de empresa en aquellas unidades productivas autónomas encapsuladas o artificialmente generadas *ad hoc* justo antes de la transmisión para ser transmitidas vía sucesión de empresa. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea expone que las legislaciones nacionales pueden otorgar protección adicional a esos casos en los que no exista una sucesión de empresas, la Sentencia Amatori podría ser empleada para apoyar demandas en las que los trabajadores pretendan que se les reconozca el derecho a permanecer en la empresa cedente por considerar que realmente no ha existido una sucesión de empresas.

2.2. Sucesión de empresas como consecuencia de la doctrina de la «sucesión de plantillas»

La doctrina de la sucesión de plantillas fue forjada por la jurisprudencia comunitaria (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen; de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97 Sánchez Hidalgo-Hernández Vidal; de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00 Temco Services Industries; y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/2001 Abler, entre otras) y fue asumida en España por la Sala

de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 [RJ 7162 y RJ 7202] y confirmada posteriormente por muchas otras (STS 28 de abril de 2009 [RJ 2997] y 7 de diciembre de 2011 [RJ 2012\106] —los casos del cambio de adjudicataria en la contrata de reactivos de cáncer en los hospitales del Servicio Andaluz de Salud—).

De acuerdo con esta doctrina, existe sucesión de empresas cuando, «en sectores cuya actividad descansa de manera esencial en la mano de obra» (limpieza, seguridad, atención a domicilio de personas mayores, servicios auxiliares de vigilancia e información, embalaje etc.), la cesionaria asume parte «cualitativa y cuantitativamente relevante de empleados».

Precisamente, para los cambios de adjudicataria en contratas, resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013 [RJ 3649], que se refiere al «test de la sucesión de plantillas».

Expone la Sala que «en el supuesto particular de sucesión de contratas o concesiones con sucesión de plantillas se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: (a) una empresa contratista o adjudicataria de servicios sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios por cuenta o a favor de un tercero; (b) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación con la empresa saliente, encargando a la entrante servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; (c) la empresa entrante ha incorporado al desempeño de la contrata una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la empresa saliente; y (d) el activo principal para el desempeño de los servicios es la mano de obra organizada u organización en el trabajo».

Pues bien, como consecuencia de dicho test de la sucesión de plantillas, la Sala declara la existencia de sucesión de empresas al contratarse a 14 de los 19 empleados y haberse traspasado la actividad sin que la organización del trabajo experimentara una variación sustancial y sin que los servicios prestados fueran sustancialmente distintos.

Se trata de una buena muestra de cómo en determinadas actividades «intensivas en mano de obra», el cambio de adjudicataria en un servicio en el que se transmiten una parte relevante en términos de número y competencias, de trabajadores de la anterior adjudicataria, puede llevar aparejada la

declaración de sucesión de empresas del artículo 44 ET con todas las responsabilidades que conlleva (44.3 ET).

3. La subrogación convencional

La subrogación convencional o *ex convenio* (también denominada «sucesión de contratas») se produce cuando el convenio colectivo aplicable a la nueva y a la anterior adjudicataria impone a la empresa entrante la obligación de subrogarse en los empleados adscritos a la contrata.

Se citan, como ejemplos de convenios en los que se incluye subrogación convencional, los citados por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de enero de 2012 [ILJ 411/2012]: «Así, en nuestro Derecho Colectivo, los sectores que regulan la subrogación en los Convenios Colectivos Nacionales son asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de minusválidos; asistencia en tierra en aeropuertos (*handling*); atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas; Construcción; Contact Center; Contratas Ferroviarias; Empresas Concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos; entrega domiciliaria; hostelería; instalaciones deportivas; juego del bingo; limpieza de edificios y locales; limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado; mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público; puertos de Estado y autoridades portuarias; regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública; reparto sin dirección; seguridad; transportes de enfermos y accidentados en ambulancias. Además, existe una relación de sectores que regulan la subrogación en sus Convenios Sectoriales autonómicos y/o provinciales».

Debe recordarse que la materia de la subrogación convencional no puede incluirse en un convenio colectivo de empresa. En este sentido, como nos recuerda GARCÍA-PERROTE⁷, con cita de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1996: «El convenio colectivo que imponga la subrogación tiene que ser sectorial y no puede ser un convenio colectivo de empresa». Además,

por su propio ámbito de aplicación no podría imponerse a la nueva adjudicataria, fuera de su alcance.

Por otra parte, la subrogación en el personal no se encuentra entre las materias sobre las que el artículo 84.2 del ET establece la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, por lo que los convenios colectivos de empresa claramente no pueden contrariar lo que establecen los convenios colectivos de ámbitos superiores en esta materia. En este sentido, MERCADER UGINA⁸ nos recuerda que «la eliminación de la regla de subrogación convencional de personal por un convenio de empresa concluido con posterioridad a otro de ámbito superior que la establece [...], al tratarse de una materia no susceptible de ser subsumida en el listado legal [del 84.2 ET], quedaría sometida a la regla general de concurrencia y prohibida, por tanto, cualquier afectación invasiva de lo pactado que estaría incurso en la citada ineficacia».

La obligación de subrogación convencional suele tener límites (solo aplica a trabajadores con cierta antigüedad —como sucede en el convenio colectivo de hostelería— o conlleva solo la obligación de configurar el personal del servicio con el 90 % del personal de la anterior, tras un proceso de selección —como ocurre en el convenio de *contact center*—).

Además, la obligación de subrogación para la nueva adjudicataria solo resulta aplicable cuando la empresa saliente ha cumplido con los requisitos previstos en el convenio (generalmente la entrega de abundante documentación a la entrante, cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social por la saliente, acreditación de abono de salarios hasta la fecha de subrogación, etc.). Si la empresa saliente incumple estas obligaciones no se producirá la subrogación convencional y la empresa saliente será la responsable de las extinciones, de modo que la empresa entrante quedará exonerada.

Sobre esta cuestión, conviene traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2014 [RJ 950], en la que un Ayuntamiento rescata las competencias relativas a los servicios que integran el ciclo integral del agua (abastecimiento, alcantarillado y depuración) de la mancomunidad de municipios que las realizaba (empresa saliente) y, posteriormente, las adjudica a

⁷ GARCÍA-PERROTE, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pág. 602.

⁸ MERCADER UGINA, J. R.: *La Regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Valladolid: Lexnova, 2012.

una nueva concesionaria (empresa entrante). En aquel supuesto, ante el incumplimiento de la entrega de toda la documentación establecida en el convenio por la mancomunidad de municipios, esta fue condenada a las consecuencias de los despidos y el Ayuntamiento y la nueva concesionaria fueron absueltas, y ello con base en doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Se cita por todas la Sentencia de 19 de septiembre de 2012 [RJ 9985], que enseña: «(...) hemos indicado con reiteración que si la empresa saliente no hubiera incumplido de manera suficiente los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante, siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente».

4. Criterios jurisprudenciales aplicables a los contratos públicos

4.1. Concepto de sucesión de empresas en los contratos públicos

¿Puede producirse una sucesión de empresas del artículo 44 ET en el caso de cambio de adjudicataria de un contrato público? La respuesta a esta pregunta dependerá de si solo se transmite la actividad o servicio objeto de la contrata o si, además, se transmiten los elementos materiales e inmateriales necesarios para realizar la actividad, o si la entrante ha aportado elementos indispensables para proseguir con ella.

No en vano, la jurisprudencia comunitaria asumida en España (por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, asunto C-463/09, CLECE [TJCE 2011\4], nos recuerda, en un supuesto de reversión de la actividad de limpieza de una contratista por un Ayuntamiento, que «la mera circunstancia de que la actividad ejercida por CLECE y el Ayuntamiento de Cobisa sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado (...)».

Y es que, una unidad productiva autónoma no puede reducirse a la actividad encomendada. Por tanto,

si no se han transmitido el conjunto de elementos necesarios para realizar la actividad no cabrá concluir la existencia de una sucesión de empresas. En tal caso, habrá que revisar si la obligación de subrogación puede proceder de otras fuentes, por ejemplo, la posibilidad de aplicar la sucesión *ex* convenio colectivo.

Conviene recordar que la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ya desde su Sentencia de 13 de marzo de 1990 ha venido declarando que «ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas, a los efectos del reiterado artículo 44 del ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulada en dicho precepto, sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales». Esta doctrina continúa plenamente vigente (por todas, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2013 [RJ 2119] y de 19 de septiembre de 2012 [RJ 9985]).

4.2. La reversión de unidades productivas autónomas en los contratos públicos

En ocasiones, el juego de cambios de adjudicataria en los contratos públicos no se produce y lo que se decide es la internalización y reversión del servicio a la entidad titular del servicio.

Pues bien, en tales casos puede que se revierta a la principal no solo la actividad, sino un conjunto de medios organizados susceptibles de ser explotados, y que se produzca una sucesión de empresas entre la última adjudicataria y la principal a quien revierte la contrata.

Se señala, como ejemplo de lo anterior, la Sentencia n.º 1017/2012 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de diciembre de 2012, en la que se declara la existencia de una sucesión de empresas entre la anterior concesionaria del servicio de restauración —restaurante, cafetería y catering— de un palacio de congresos y la empresa principal, una empresa municipal que lo explotaba. Esta segunda asumió la actividad, pero lo hizo «conservando buena parte de las instalaciones, medios materiales y dotaciones necesarios para la prestación del catering así como todos los elementos materiales que la última contratista vino utilizando para su

debida prestación, incluidos los de la primera adjudicataria y los que eran propios del Palacio, y habiendo revertido a su favor todas las obras de mejora adaptación y acondicionamiento para estar en condiciones de dispensar adecuadamente el servicio contratado el 22 de julio de 2003 [fecha en la que la principal asumió los elementos por reversión]». Por estos motivos se declaró la existencia de una sucesión de empresas legal del artículo 44 ET.

Debe citarse también la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de 14 de marzo de 2012 [AS 2012/113], que declara la existencia de una sucesión de empresas por reversión a un Ayuntamiento que asume la gestión de residuos sólidos urbanos y posteriormente la adjudica a una nueva adjudicataria.

4.3. La puesta a disposición de bienes «indisponibles»

En otras ocasiones, ocurre que se transmite la actividad entre la anterior y la nueva adjudicataria junto con determinados elementos materiales relevantes. No obstante, es posible que se declare que no existe sucesión de empresas cuando esos elementos son «indisponibles», propios de la Administración, y que no pueden ser enajenados, ni vendidos y que, sobre todo, no son susceptibles de ser explotados económicamente (por ejemplo, la gestión de las instalaciones públicas para la atención a los drogodependientes).

Destacan, en relación con lo anterior, las Sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el caso del cambio de adjudicataria de los centros de atención al drogodependiente de la Comunidad de Madrid (Sentencia n.º 812, de 7 de diciembre de 2010 [n.º de recurso 3755/10], Sentencia n.º 486, de 2 de junio de 2011 [n.º de recurso 6181/10] y Sentencia n.º 224, de 24 de marzo de 2011 [n.º de recurso 4756/10]).

En estos casos, desempeñaron un papel importante las diferencias en los objetos de los pliegos en cuanto al modo en que se iban a prestar los servicios a los drogodependientes (enfoque asistencial en la saliente y enfoque de tratamiento de la drogadicción como enfermedad por la entrante)⁹.

Pero, además, la Sala valoró que «el hecho de que el servicio (...) se siga desarrollando en las instalaciones y con el equipamiento necesario para el funcionamiento del CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL DE DROGODEPENDIENTES PERTENECIENTE A LA AGENCIA ANTIDROGA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, y el hecho de que se hayan entregado y devuelto por reversión a la AGENCIA ANTIDROGA DE LA COMUNIDAD DE MADRID todos los informes médico-clínicos de los pacientes que se gestionan, no es suficiente para estimar concurrente la pretendida transmisión, pues con aquella aportación no se produce transmisión alguna, sino simplemente la puesta a disposición a favor de la empresa adjudicataria del servicio de los medios materiales imprescindibles e indispensables para poder llevar a cabo la actividad (...) pero conservando la AGENCIA ANTIDROGA DE LA COMUNIDAD DE MADRID la infraestructura y organización empresarial básicas para desarrollar su actividad, con una u otra adjudicataria, que se limita a su gestión aportando los medios humanos para ello».

4.4. La aplicación del convenio colectivo de la empresa saliente a la Administración o entidad pública titular del servicio

En casos en los que la Administración o entidad pública titular del servicio decide la internalización de la contrata, mediante reversión, rescate o cualquier otra fórmula legalmente establecida, puede existir debate acerca de si es posible aplicar el convenio colectivo de la última empresa adjudicataria a la Administración o entidad pública que internaliza la prestación del contrato (típicamente, por ejemplo, en la asunción por los Ayuntamientos de la gestión directa de servicios públicos gestionados hasta ese momento de forma indirecta, en régimen concesional).

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto el debate en el sentido de que el convenio colectivo del sector de la limpieza viaria no puede ser aplicable, en caso de internalización de la prestación del servicio, al Ayuntamiento (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011 [RJ 5423], cuya doctrina es reiterada por la Sentencia de 26 de julio de 2012 [RJ 9976]).

⁹ La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) de 28 de septiembre de 2012 [AS 2013\988] declara también la inexistencia de sucesión

de empresas legal, de plantillas y convencional y toma en consideración la coincidencia, sólo parcial, en la contrata, en un cambio de adjudicataria de empresas del sector de la seguridad.

Esta conclusión se basa en la jurisprudencia de la propia doctrina de la Sala (por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008) según la cual «*el convenio colectivo no puede establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación*». Tomando este argumento, se concluye en las Sentencias de 17 de junio de 2011 y 26 de julio de 2012 antes citadas que «*tampoco el hecho de que el Ayuntamiento asuma esta limpieza viaria con sus propios medios convierte a la entidad local en una empresa dedicada a la actividad de limpieza pública viaria*». Por tanto, de acuerdo con esta doctrina no cabría aplicar el convenio colectivo de limpieza al Ayuntamiento que externaliza la actividad de limpieza tras extinguir la contrata.

Aunque la anterior doctrina del Tribunal Supremo está consolidada, quizá la clave de una eventual aplicación de un convenio colectivo a la empresa principal de titularidad pública o a la propia Administración (incluso en el caso de que se trate de un ente local) pueda estar en el hecho de que realice *de facto* la actividad externalizada.

No en vano, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 [RJ 3753] sigue aplicando la doctrina de las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011 y 21 de octubre de 2010 y advierte que aquellas entidades que se encuentren bajo el ámbito de aplicación de un determinado convenio colectivo (por ejemplo, los centros especiales de empleo) se les aplicará el convenio colectivo de la actividad a la que efectivamente concurren (el de limpieza, si un centro especial de empleo concurre a una contrata de limpieza):

«Si la empresa adjudicataria (...) concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a que figura en el ámbito funcional de su específico Convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo, afectándole, en consecuencia, en el presente caso, las normas cuestionadas sobre subrogación en el sector de la limpieza».

De la anterior jurisprudencia puede extraerse la conclusión de que, las empresas de titularidad pública o los entes públicos que realmente efectúen o se dediquen a la actividad que cae en el ámbito de aplicación de convenio, se les podría llegar a aplicar los convenios colectivos de esa actividad. En este sentido, resulta de interés la Sentencia

n.º 1017/2012 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de diciembre de 2012 antes citada, en la que se declaró que la entidad municipal que explotaba un palacio de congresos se dedicaba, en realidad, a todo lo necesario para los eventos incluida la gestión y organización de los *caterings*, de modo que dejó abierta la puerta a la posible aplicación del convenio colectivo de la hostelería, si bien finalmente condenó a esa entidad municipal por entender que se le había transmitido una unidad productiva autónoma por parte de la última concesionaria.

Por último, resulta de interés la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de junio de 2014 [AS 2863], que resuelve un curioso supuesto de sucesión de contrata. La anterior adjudicataria, a quien resultaba aplicable el Convenio Colectivo de la Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid (que no prevé subrogación convencional), si bien pactó con los representantes de los trabajadores, mediante acuerdo, la aplicación del Convenio Colectivo de la construcción (que sí prevé subrogación convencional) para precisamente invocarla ante la empresa entrante. La sentencia cataloga la maniobra de fraude y declara que es la empresa saliente quien debe asumir a la plantilla. En términos similares, se cita también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de marzo de 2014 [PROV 107582].

5. Problemática en el caso de que el contratista saliente se encuentre en situación de concurso

El hecho de que la anterior adjudicataria se encuentre en situación concursal dibuja un escenario específico en cuanto a las consecuencias de la sucesión de empresas del artículo 44 ET. No existirá la obligación de subrogación respecto de los trabajadores de la anterior adjudicataria si esas relaciones laborales se encontraban «*válidamente extinguidas*» con anterioridad a la sucesión de empresas, todo ello salvo «*supuestos de fraude acreditado*».

De acuerdo con una consolidada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sentencias de 15 de abril de 1999 [TJ 4408]; 25 de mayo de 2000, 11 de abril de 2001, 25 de febrero de 2002 y 16 de julio de 2003) «*para que opere la garantía que establece el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que*

los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente».

En efecto, los casos de relaciones laborales extinguidas tras un ERE concursal (artículo 64 de la Ley 22/2003, Concursal) son supuestos incluidos en esta excepción y se consideran relaciones laborales «válidamente extinguidas». Por tanto, aunque existiera una sucesión de empresas en estos casos, no habría obligación de subrogarse en los contratos «válidamente extinguidos» antes de la sucesión. También suelen considerarse incluidos en esta excepción los supuestos de despidos colectivos correctamente negociados y ejecutados y que han finalizado con extinciones y abono de las correspondientes indemnizaciones.

La anterior doctrina, por supuesto, resulta aplicable salvo casos de «fraude acreditado». Precisamente en este sentido, conviene señalar la actual corriente jurisprudencial que ha venido analizando y, en varias ocasiones, declarando nulos, los despidos colectivos efectuados en supuestos oscuros o fraudulentos justo antes de una sucesión de empresas en ciernes.

En este sentido se citan, por todas, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014 [Recurso n.º 108/2013] sobre despido colectivo efectuado para evitar la subrogación de empleados como consecuencia de la venta de una gasolinera; el grupo de sentencias sobre el despido colectivo para evitar que los empleados de un consorcio andaluz pudieran ser subrogados por el Servicio Andaluz de Empleo en virtud de una norma autonómica (por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014 [RJ 2071]) o el caso del despido colectivo efectuado en la Agencia de Protección de Datos de Madrid con base en un proyecto de ley que determinaba su desaparición (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2014 [Recurso n.º 219/2013]). En todos ellos se apreció la existencia de fraude de ley. Por tanto, deberá analizarse con precisión en qué situación se hayan podido producir las extinciones anteriores a la sucesión de empresas.

Sin embargo, parece complicado argumentar que la extinción de relaciones laborales previa a la sucesión de empresas también permita a la nueva adjudicataria exonerarse del resto de responsabilidades (responsabilidad solidaria laboral por deudas anteriores a la transmisión —salarios, indemnizaciones por despido pendientes, etc.— y responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social).

Así, el profesor y magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, SEMPERE NAVARRO¹⁰ ha afirmado con rotundidad: «[...] Debe finalizar ya un malentendido muy frecuente, conforme al cual respecto de quienes no son los trabajadores al momento de producirse el cambio de empresa nada tiene que decir la Ley reguladora de las transmisiones. Lo que sucede, en realidad, es que para que opere la sucesión de empresa [...] la relación laboral ha de estar viva y no haberse extinguido previamente; pero para que actúe el mecanismo garantista de que se saldarán, efectivamente, las deudas preexistentes sólo hace falta que las mismas existan y ello no presupone la continuidad del vínculo laboral».

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencias de 15 de julio de 2003 [RJ 6108] y 4 de octubre de 2003 [RJ 7378] también se pronuncian en ese mismo sentido y suelen ser invocadas por la doctrina de suplicación (por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de septiembre de 2005 [AS 2314] y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de 4 de abril de 2013 [JUR 223958]).

En cuanto a la responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social por cotizaciones devengadas con anterioridad a la transmisión, los anteriores argumentos podrían resultar también aplicables. No obstante, debe advertirse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de julio de 2002 [RJ 9775], que, en un supuesto de extinción de contratos de trabajo, cierre de la sociedad cedente y posterior constitución de una sociedad anónima laboral, declara que no debe extenderse la responsabilidad en materia de cuotas a la cesionaria. Ciertamente, se alcanza esta decisión sobre el argumento de que no existió una sucesión de empresas del artículo 44 ET y no tanto de que las relaciones laborales estuvieran «válidamente extinguidas», pero conviene tener presente la argumentación de su fundamento de derecho tercero en el que se refiere a la jurisprudencia de la Sala Cuarta sobre las relaciones laborales válidamente extinguidas (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1999 [RJ 4408] arriba citada).

Así las cosas, en los supuestos en los que la anterior adjudicataria se encuentre en situación concursal

¹⁰ SEMPERE NAVARRO, A.: «Transmisión empresarial e indemnización por despido previo. Comentario a la STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003, 6108)». BIB 2003\1248. *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 19/2003. Editorial Aranzadi, S.A.

deberán actuarse con especial precaución ante la posible derivación de responsabilidad solidaria en las deudas laborales y de Seguridad Social.

Si, pese a esos riesgos, se decide constituirse como nueva adjudicataria del servicio, deberá hacerse bajo un supuesto de hecho que permita defender que no existe una sucesión de empresas del artículo 44 ET (o por la vía de la sucesión de la plantilla). Esto es, a partir de una base que permita defender que se está únicamente ante una obligación de subrogación *ex pliegos* o *ex convenio colectivo*, sin que resulte aplicable la responsabilidad solidaria que lleva aparejada la sucesión de empresas del artículo 44 ET y la sucesión de la plantilla.

6. Los criterios que aplica la jurisdicción contencioso-administrativa para declarar la derivación de responsabilidad de cuotas de Seguridad Social

Como se ha expuesto, corresponde a la jurisdicción social resolver las controversias sobre la procedencia o no de la subrogación de las relaciones laborales individuales de la empresa saliente en la entrante. Por tanto, es la única competente para determinar si existe subrogación de trabajadores o sucesión de empresa en el ámbito de los contratos públicos y, por tanto, tiene atribuida una función dirimente a esos efectos.

Sin embargo, la jurisdicción contencioso-administrativa resulta competente para resolver la existencia o inexistencia de sucesión de empresas del artículo 44 ET a los efectos de declarar la derivación de responsabilidad de cuotas de Seguridad Social a las empresas entrantes.

Debe anticiparse aquí que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha aclarado en su Sentencia de 19 de julio de 2002 [R] 9775] que para determinar si existe o no una sucesión de empresas deberá estarse a los criterios de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: *«cuando se trata de apreciar si existe una sucesión de empresas a efectos de la determinación de responsabilidad social para el pago de las deudas a la Seguridad Social, acude al examen de los requisitos que fija el artículo 44 ET (...). Para interpretar, pues el artículo 44 ET deben tenerse en cuenta las declaraciones de la Sala Cuarta de este Tribunal»*.

Pese a lo anterior, ocurre que, en la práctica, la jurisdicción contencioso-administrativa maneja otro tipo de criterios ajenos a los de la jurisdicción

social para determinar si existe sucesión de empresas y, en concreto, aplica la denominada jurisprudencia «de indicios» o «prueba de presunciones».

De acuerdo con esta doctrina, se declara la sucesión de empresa y la derivación de responsabilidad por cuotas de la Seguridad Social tomando como elementos clave la identidad de objeto social entre cedente y cesionaria, la identidad en la actividad desarrollada, la coincidencia en sus órganos de administración, su accionariado o de las familias que los dirigen, el mantenimiento o continuación de la actividad con parte de la plantilla, domicilio social coincidente, etc. (por todas, se citan las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de las Islas Baleares de 17 de octubre de 2003, 25 de enero de 2005 y 9 de enero de 2007, o de Castilla y León, de 28 de julio de 2006). Por tanto, no se comprueba si ha existido la transmisión de una unidad productiva autónoma susceptible de ser explotada como es descrita en el 44.2 ET y como viene exigiendo la jurisprudencia social. En la práctica, al manejar la jurisdicción contencioso-administrativa un criterio tan amplio de sucesión de empresas, la defensa en los procedimientos de derivación de cuotas de Seguridad Social resulta de especial complejidad.

Por otra parte, la doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de algunos Tribunales Superiores de Justicia ha confirmado en varias ocasiones que el uso de indicios y presunciones (la doctrina de la «prueba indiciaria») puede desvirtuarse. Deben citarse aquí las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 2005 [JT 1133]; Castilla La Mancha de 24 de noviembre de 2004 [JUR 2005\1562] y 18 de mayo de 2005 [JUR 128145].

Por tanto, cabe practicar prueba en contrario respecto de los indicios que se invoquen para derivar la responsabilidad de cuotas de Seguridad Social en el acta de liquidación.

II · LAS PREVISIONES EN MATERIA DE SUBROGACIÓN DEL PERSONAL EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Introducción

Hasta el momento se ha realizado un análisis sobre la normativa laboral y la jurisprudencia social respecto de los criterios que se aplican a los supuestos

de subrogación por la causa legal o convencional y las consecuencias anudadas a cada caso. Sin embargo, para completar el análisis objeto de este estudio, es necesario determinar cuáles son las normas que, en el marco de la legislación de contratación pública, se establecen en relación con la figura de la subrogación del personal, su alcance y la eventual responsabilidad que pueden derivarse del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de información.

Hasta la introducción del artículo 104 en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público («LCSP»), el alcance que las previsiones en materia de subrogación del personal en los contratos públicos estuvo definido, básicamente, por informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado¹¹ («JCCAE»), dictámenes de la Abogacía del Estado¹² y por la doctrina jurisprudencial acuñada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El único precedente normativo sobre esta cuestión se contenía en la disposición final cuarta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (y antes en la Ley 13/1995), que establecía que los órganos de contratación podrían señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la autoridad o autoridades de las que los licitadores podrían obtener información sobre las obligaciones relativas a las disposiciones sobre protección y condiciones de trabajo vigente en el territorio en el que se ejecutará el objeto del contrato, y, en ese caso, el citado pliego debería establecer que los licitadores manifesten si han tenido en cuenta en sus ofertas tales obligaciones. En los términos redactados, los licitadores recibirían información, a lo sumo, de la existencia de un convenio colectivo en el que se estableciera la obligación de subrogación del personal, pero en ningún caso se preveía que los licitadores dispusieran de la información necesaria de las personas en cuya relación laboral habría de subrogarse en caso de resultar adjudicatario.

Es en su Informe 33/02, de 23 de octubre de 2002, donde la JCCAE reconoce el derecho de los licitadores a conocer «suficientemente» cuáles serán las

obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que no son solo las relativas a la prestación contractual en sí, sino también otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas a la legislación de contratos, siendo tales el «*conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta (...)*». Fueron estas consideraciones las que a la postre ilustraron la introducción de la obligación de información contenida en el antiguo artículo 104 de la LCSP (hoy artículo 120 del TRLCSP).

La Abogacía del Estado, a diferencia de la JCCAE, mantuvo inicialmente el mismo criterio que la doctrina reiterada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Así, en su Dictamen 2/97, establecía como resumen que la subrogación podía producirse por sucesión de empresa cuando se transmita la unidad productiva o los elementos patrimoniales para la explotación del servicio o cuando así lo exija la normativa sectorial o el convenio colectivo, añadiendo, una tercera posibilidad «*cuando expresamente se establezca tal obligación en el pliego de condiciones del contrato de servicios en cuestión*».

Posteriormente, la Abogacía del Estado, a partir de su Dictamen 43/05, de 29 de junio de 2005, cambia de criterio y, siguiendo la antes citada doctrina de la JCCAE, considera que excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares la introducción de una cláusula de subrogación de personal, sin que pueda imponerle al contratista por esa vía obligaciones de carácter laboral.

Este mismo criterio es el que siguen aplicando hoy el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales («TACRC»)¹³, los Tribunales autonómicos, los órganos consultivos en materia de contratación y algún pronunciamiento de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁴.

¹¹ En su Informe 31/99, de 30 de junio de 1999, estableció que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión que afecta al derecho laboral, ajena por tanto a la contratación administrativa, que debe ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente.

¹² Dictámenes 2/97, 2/99 y 45/05

¹³ Hay que citar, por todas, la Resolución del TACRC n.º 872/2014, de 20 de noviembre.

¹⁴ La Sentencia 1793/2011, de 23 de febrero de 2011 (recurso n.º 741/2009), de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dice que «(...) sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos en la Ley o acordado en correspondiente convenio colectivo, en cuyo caso deberá darse aplicación al artículo 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público».

Bien es cierto que esta apreciación, como se ha señalado, choca con la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que reconoce que los pliegos de cláusulas administrativas puedan imponer la subrogación del personal del adjudicatario saliente, aun cuando no estemos en un supuesto de sucesión de empresas *ex* artículo 44 del ET ni exista una obligación de subrogación por vía convencional, esto es, como una fórmula independiente de la normativa laboral, pero igualmente válida.

Por tanto, conforme a la doctrina administrativa y jurisprudencial expuesta los pliegos de cláusulas administrativas particulares no pueden establecer la subrogación de los trabajadores de la empresa saliente y la nueva adjudicataria, y la impugnación de los pliegos que la impongan en sede de recurso especial en materia de contratación determinará su anulación y de la del procedimiento de licitación.

Según esta doctrina, en los pliegos solo puede indicarse la existencia del deber de subrogación en el personal del adjudicatario saliente a título informativo. Sin perjuicio del «deber de información» al que ahora nos referiremos.

2. La doctrina administrativa sobre el alcance del «deber de información»

Pero ¿cómo se articula la subrogación de los trabajadores del contratista saliente en el entrante? y ¿a quién corresponde proporcionar la información necesaria para que los licitadores conozcan el alcance de las obligaciones económicas que habrá de asumir si resultan adjudicatarios?

La normativa de contratación pública reflejada en el actual artículo 120 del TRLCSP se limita a establecer la obligación del órgano de contratación de proporcionar información a los potenciales licitadores sobre la subrogación del personal, previa petición de los datos de los trabajadores afectados y de sus condiciones laborales al contratista saliente.

Los elementos esenciales que definen el contenido de este precepto pueden resumirse en los siguientes: (i) existe una obligación de información sobre las relaciones laborales cuando exista una obligación de subrogación del personal del contratista saliente en el entrante; (ii) esa obligación de información compete en exclusiva al órgano de contratación; y (iii) la información que debe proporcionarse a los licitadores debe ser la necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales de cara a preparar su oferta. Teniendo en cuenta esos

requisitos, interesa examinar algunos supuestos en los que se pormenoriza el alcance de esas obligaciones.

- a) Aunque en el pliego de cláusulas administrativas particulares no haya obligación de contemplar la subrogación, la obligación de información del artículo 120 del TRLCSP exige necesariamente la de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio de colectivo sectorial de aplicación. Pero la obligación de información debe predicarse también en todos los supuestos en los que existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogación, sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de esa obligación de subrogación¹⁵. En estos casos, el órgano de contratación está obligado a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación¹⁶.
- b) La subrogación del personal del adjudicatario saliente en el entrante es obligatoria aun en el caso de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione¹⁷. Su no inclusión se considera jurídicamente irrelevante en la medida que la obligatoriedad deriva del convenio colectivo y no del pliego¹⁸ y cuyo cumplimiento o incumplimiento no

¹⁵ Entre otras, las Resoluciones del TACRC n.º 542/2014, n.º 608/2013, de 4 de diciembre y n.º 6/2015, de 9 de enero y la Resolución n.º 5/2014, de 24 de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía.

¹⁶ Resolución del TACRC n.º 26/2015, de 14 de enero.

¹⁷ La subrogación del personal es obligatoria incluso en los supuestos de redimensionamiento del servicio por parte de la Administración, de tal suerte que el nuevo adjudicatario tendrá que subrogarse en la totalidad de los trabajadores adscritos a la prestación del servicio del contratista saliente. Así lo establecen, entre otras, la Resolución n.º 99/2013, del TACRC de 17 de septiembre, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de noviembre de 2000 [recurso n.º 554/2007, JUR 174749] y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga) de 14 de junio de 2012 [Recurso de suplicación 697/2012, AS 2013\2244]. En sentido contrario, se pronuncia el Informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

¹⁸ Entre otras, las Resoluciones del TACRC n.º 181/2011, n.º 75/2013, de 14 de febrero y n.º 670/2014, de 17 de septiembre.

corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social. No obstante, y como consecuencia de ello, la falta de subrogación del personal por el adjudicatario entrante no es una causa de resolución del contrato administrativo, salvo que así se haya establecido expresamente en los pliegos¹⁹. Todo ello, sin perjuicio de lo que los tribunales de la jurisdicción social resuelvan en relación a los trabajadores que deban ser, en todo caso, objeto de subrogación.

- c) La información que debe ofrecerse es la precisa para «*permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida*» y debe hacer constar la relación de trabajadores afectados por la subrogación, con especificación, como mínimo, de la categoría profesional, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos. En algunos supuestos, el TACRC ha considerado que la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos²⁰.
- d) La información relativa a las relaciones laborales objeto de subrogación en el nuevo adjudicatario debe exigirse por el órgano de contratación al empresario que hasta entonces ha venido ejecutando el contrato de que se trate. Para tratar de garantizar que este empresario entrega al órgano de contratación toda la información necesaria en relación con las relaciones laborales, algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de la Comunidad de Madrid²¹, han considerado preciso modificar los modelos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares para contratos de servicios, con la finalidad de introducir determinadas consecuencias para el adjudicatario saliente para el caso de que no proporcione esa información completa y evitar así que la información contemplada en los pliegos no se ajuste a la realidad, lo que podría llegar a impedirle ejecutar el contrato en los términos ofertados. Estas medidas pasan por prever en

los pliegos la imposición de penalidades, considerar la obligación de entregar la información de las relaciones laborales afectadas como una condición especial de ejecución del contrato o, incluso, una obligación esencial, cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la resolución del contrato.

Estas, no obstante, no son las únicas medidas que se pueden adoptar, y los órganos de contratación pueden establecer otras que tengan por finalidad garantizar la indemnidad para el nuevo adjudicatario de los incumplimientos que el contratista saliente tenga en esas relaciones laborales u otras obligaciones, como el impago de cuotas a la Seguridad Social.

Otra opción es la limitación del alcance de la subrogación por vía legal. Así, en normas sectoriales, como la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, se establece que los pliegos de condiciones deberán imponer al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación. Esa obligación, se concreta en el artículo 73.2, no respecto de todo el personal del anterior contratista, sino únicamente respecto de la «*dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio*», de tal forma que es el órgano de contratación quien debe dimensionar los medios personales que serán imprescindibles para prestar el servicio de forma adecuada. Repárese en que, como se ha indicado, en el ámbito del TRLCSP, el hecho del redimensionamiento del servicio no excluye la obligación del nuevo contratista de subrogarse en la totalidad de la plantilla del anterior adjudicatario.

3. Efectos del incumplimiento por el órgano de contratación del «deber de información»

3.1. Planteamiento

Pero ¿qué ocurre si el órgano de contratación no incluye la totalidad o parte de la información a la que le obliga el artículo 120 del TRLCSP? ¿Existe responsabilidad del órgano de contratación en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de ese deber de información? ¿Es el nuevo contratista quien debe asumir en exclusiva las consecuencias del desequilibrio de la economía del contrato por tal causa? Trataremos de dar una respuesta a estas cuestiones, aunque anticipamos que ni la doctrina administrativa ni los escasos pronunciamientos

¹⁹ Entre otros, el Informe de la JCCA 63/2011, de 17 de julio de 2012.

²⁰ Resolución n.º 25/2015, de 14 de enero.

²¹ Acuerdo 6/2012, de 15 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

jurisprudenciales sobre la materia se han pronunciado de forma decidida y clara sobre esta cuestión.

Lo primero que debe destacarse es que la obligación de información que el artículo 120 del TRLCSP impone al órgano de contratación no tiene una finalidad vaga o imprecisa. Esa obligación tiene la relevante finalidad de que los licitadores cuenten con los datos necesarios para realizar una adecuada y completa evaluación de los costes de las prestaciones objeto del contrato, de tal forma que dispongan de todos los factores a tener en cuenta para presentar sus proposiciones económicas, ajustadas a la realidad de las características y circunstancias específicas del contrato cuya licitación se convoca. Esta finalidad no es baladí en ningún caso, pero es especialmente sensible y determinante en aquellos contratos en los que el concepto de mayor coste de prestación del servicio lo representan los costes de personal.

Mientras que por la vía de impugnación de los pliegos puede reaccionarse contra la falta de información de las relaciones laborales o la inclusión de una información incompleta, la cuestión más problemática de resolver es qué ocurre cuando, adjudicado y formalizado un contrato, el nuevo adjudicatario tiene conocimiento de que la relación de trabajadores o de los datos incluidos en los pliegos no corresponden con la realidad.

Son varias las Resoluciones del TACRC que han anulado los pliegos y, por ende, la licitación cuando se advierte la omisión de los datos previstos en el artículo 120 del TRLCSP o cuando se aprecia que la información es incompleta, insuficiente para la finalidad pretendida de que los licitadores dispongan de los referidos datos para elaborar su oferta²². Hay que citar, en este sentido, las Resoluciones n.º 879/2014, de 28 de noviembre de 2014, y n.º 96/2015, de 20 de enero de 2015. Esta última Resolución afirma que «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», añadiendo que «es doctrina de

este Tribunal que la obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios». Y, en relación con lo anterior, señala que «[E]s, 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».

3.2. La relevancia del conocimiento previo de todos los costes que deberá asumir el adjudicatario. El deber de diligencia cualificado del órgano de contratación

Sin perjuicio de la trascendencia que el incumplimiento puede suponer para el licitador que finalmente resulte adjudicatario (lo que explica que pueda llegar a anularse el pliego si no se contienen esos datos o estos parecen incompletos), el artículo 120 del TRLCSP no establece ninguna consecuencia jurídica en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de información. No obstante, no es infrecuente que el nuevo adjudicatario tenga conocimiento después de haberse adjudicado y formalizado el contrato de que los trabajadores a subrogar en su plantilla son más de los identificados inicialmente en la documentación contractual o sus costes laborales son superiores a los informados, lo que puede suponer un incremento notable de costes, que no ha podido tener en consideración para elaborar la oferta.

En esta situación, cabe plantearse algunas cuestiones: ¿quién debe asumir el incremento de los costes de personal?, ¿en función de qué criterios? y ¿cuál es el deber de diligencia que es exigible al órgano de contratación?

En nuestra opinión, carecería de sentido negar que la función del órgano de contratación sea decisiva de cara a la correcta elaboración de las ofertas por los licitadores. La relativización del alcance de la obligación de información supondría *de facto* abocar a los licitadores en el mejor de los escenarios a prescindir de la obtención de beneficios, a cuyo cargo irán esos sobrecostes, o, incluso, generarles pérdidas continuadas durante la vigencia del contrato, poniendo en serio riesgo no solo la viabilidad de la propia empresa, sino también la prestación del servicio.

La finalidad de ofrecer esta información, para que los licitadores puedan tener en cuenta todos los

²² En definitiva, el TACRC considera que la falta de información completa de estos extremos constituye una infracción de los principios de transparencia y libre concurrencia, pudiendo llegar a otorgar una ventaja competitiva al adjudicatario saliente frente a los demás licitadores.

costes asociados a la prestación del servicio y hacer así una oferta conociendo de antemano todas las obligaciones económicas que deberá asumir de resultar adjudicatario, exige del órgano de contratación un deber de diligencia *cualificado*. Parece evidente que este deber exige realizar cuantas actuaciones sean precisas para verificar que la información que el contratista saliente le transmita es completa y veraz. Para esta tarea el órgano de contratación debe dotarse en los pliegos de los instrumentos precisos para compeler al contratista para que entregue una información ajustada a la realidad. No debe olvidarse tampoco que el órgano de contratación dispone de las facultades de inspección, vigilancia y control sobre el contrato, por lo que dispone de mecanismos adecuados para poder cerciorarse si el contratista actual le está proporcionando una información completa y veraz.

En este sentido, el Informe 7/2000, de 7 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, reiterado en su Informe 2/2011, de 14 de abril, afirma que en los casos en los que el coste del contrato se corresponde, básicamente, con el de la retribución del personal, «este coste se convierte en el referente económico básico del contrato», razón por la cual el órgano de contratación «tiene que conocer los costes retributivos del personal que presta el servicio para determinar el presupuesto máximo de licitación (...)». Desde esta perspectiva es evidente que el órgano de contratación para elaborar la memoria económica —que debe obrar en el expediente de contratación— es preciso que conozca los costes del personal del adjudicatario saliente para determinar que el presupuesto de licitación se corresponde con un precio de mercado.

El conocimiento de los costes de personal por el órgano de contratación de forma previa a la convocatoria de la licitación es consustancial a la correcta configuración de los contratos, en la medida que estos deben ajustarse a las prestaciones objeto del mismo y al precio de mercado de estas. La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa. Así, para evitar que pueda producirse la inviabilidad del pliego desde el punto de vista económico, el TACRC con-

sidera que los convenios colectivos «*si pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto del contrato*», añadiendo que «*en este caso el coste del personal debe ser, desde luego, un elemento a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación, habida cuenta de que el convenio colectivo prevé la obligación de contratar a los trabajadores de la empresa saliente*»²³. En este caso, el TACRC anuló los pliegos por considerar que el presupuesto de licitación estaba indebidamente calculado.

Sobre el alcance de la obligación de la Administración de establecer el presupuesto de licitación con arreglo a precios de mercado se pronuncia el Informe de la JCCA n.º 49/10, de 28 de octubre de 2011, en el que se le consulta sobre la normativa aplicable para la valoración de una concesión administrativa. En él se establece que el órgano de contratación debe conocer por medio del estudio económico-administrativo del servicio²⁴ «*los distintos datos precisos para valorar el importe, habida cuenta que ha de estar unido al expediente, antes de su aprobación, lo que implica que ha de ser realizado por el órgano de contratación y no propuesto singularmente por cada licitador*», concluyendo que «*el órgano de contratación dispone de información suficiente para poder valorar el importe del contrato que expresará como presupuesto base de licitación*».

A la vista de lo expuesto, existe una obligación previa a la aprobación del expediente de contratación de conocer y recoger en el estudio o memoria económica los datos relativos al coste del personal, esencial para la determinación del presupuesto de licitación y que este se ajuste al precio de mercado. Por tanto, el cumplimiento de la obligación de información contenida en el artículo 120 del TRLCSP solo puede entenderse desde el conocimiento previo por el órgano de contratación de los costes del personal actuales y no desde la perspectiva de que el precepto únicamente le impone la traslación a los licitadores de la información que le proporcione el actual contratista o concesionario.

²³ Resolución del TACRC n.º 728/2014, de 3 de octubre.

²⁴ Conforme a lo establecido en los artículos 67.4 y 183 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Por ello, no parece discutible que el órgano de contratación está obligado a desplegar con diligencia las facultades de que dispone legal y contractualmente para obtener la información sobre las relaciones laborales actuales. Si se advierte que lo ha incumplido o ha hecho dejación de las mismas estaremos en la antesala de preguntarse cuál será el alcance de su responsabilidad frente al nuevo adjudicatario.

3.3. La eventual responsabilidad del órgano de contratación

En la medida que una información incompleta incide decisivamente en que el adjudicatario pueda ejecutar el contrato en los términos y condiciones a los que se comprometió al aceptar los pliegos y presentar su oferta, y para evitar una problemática cierta en la vida del contrato, la JCCAIE en el Informe 33/02²⁵ destacó que «[L]a ausencia de tal dato llevaría [al adjudicatario] a una situación de ignorancia de aquellas obligaciones que debe asumir viciando su posición en el contrato».

Sorprende, sin embargo, que, ante posicionamientos claros e inequívocos sobre la relevancia de que los licitadores conozcan los datos de las relaciones laborales en las que deberá subrogarse, la JCCAIE no se ha pronunciado sobre la existencia y el alcance de la responsabilidad del órgano de contratación en caso de incumplimiento de la obligación de información prevista en el artículo 120 del TRLCSP. Tampoco existen precedentes jurisprudenciales que interpreten este precepto y que, en caso de incumplimiento por el órgano de contratación, se prevean las consecuencias para este.

En la práctica existen distintos supuestos que habría que analizar de forma individualizada. Pero

desde la perspectiva de lo que este estudio pretende abordar hemos de limitarnos a valorar qué ocurre cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de información se detecta o conoce tras la adjudicación y formalización del contrato. No es inhabitual que el nuevo adjudicatario se encuentre que, una vez perfeccionado el contrato, tenga conocimiento de que debe subrogar a un número de trabajadores superior al que se contenía en la información inicial proporcionada por el órgano de contratación y, en consecuencia, advierta en ese momento que los costes que tuvo en consideración para preparar su oferta son sustancialmente inferiores a los reales, alterando así el marco económico del contrato. Este supuesto ha sido analizado por la Abogacía General del Estado en su Dictamen de 26 de diciembre de 2011 (rfa.: A.G Entes Públicos 134/11) y en él se concluye que existe responsabilidad del órgano de contratación cuando este no ha proporcionado la información completa de las relaciones laborales objeto de subrogación.

El Dictamen afirma la relevancia de proporcionar a los licitadores la información necesaria sobre todas las personas objeto de transmisión o subrogación y sus costes salariales, pues tiene «una entidad suficiente para como para determinar el contenido de las ofertas e incluso la voluntad o no de concurrir a la licitación». Y añade que, ante la falta de información suficiente, «cabría plantear una eventual responsabilidad del órgano de contratación (...) cuando pueda acreditarse razonablemente que, de haber conocido las condiciones de la subrogación que la adjudicación conlleva, el adjudicatario no habría concurrido a la licitación o, de haberlo hecho, el contenido de su oferta habría sido sustancialmente distinto».

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de marzo de 2007 (RJ 2894), al analizar si procedía considerar como riesgo imprevisible el hecho de la aprobación de un convenio colectivo, afirma como relevante, a efectos de reconocer la existencia de un hecho extraordinario generador de un desequilibrio económico del contrato, el momento en el que se produce. De tal forma que, cuando el convenio colectivo se firma antes de la adjudicación del contrato, debe considerarse que era un hecho conocido y, por tanto, no generador del derecho al reequilibrio económico del contrato. Pero el fundamento jurídico segundo enseña: «[S]in embargo nuevamente estamos ante el tema de que la adjudicación y firma se produjeron después del convenio y tras el mismo la empresa tenía unos sobrecostes habiendo sido distinta

²⁵ En los fundamentos jurídicos de este Informe se afirma que «[L]a necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no sólo las propias relativas a la prestación en sí, 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 situación si el convenio se hubiera suscrito después». Este criterio se infiere también de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2001 [RJ 1835].

Mutatis mutandis, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo, que parece de todo punto razonable si de aplicar la doctrina del riesgo imprevisible se trata, debe aplicarse en los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso grave de la obligación de información que impone a los órganos de contratación el artículo 120 del TRLCSP, cuando el conocimiento de que los datos comunicados no son completos ni veraces se produce tras la adjudicación y formalización del contrato con el nuevo contratista.

La posibilidad de no formalización del contrato sin consecuencias para el adjudicatario se reconoce en el Informe 3/2013, de 5 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, cuando tras la adjudicación del contrato se conoce que los datos reales de los trabajadores en los que habría de subrogarse es diferente de los incluidos por el órgano de contratación en la documentación de la licitación. Parece que ese criterio trata de evitar que tras la formalización del contrato con la que se perfecciona el contrato se produzcan daños y perjuicios para el adjudicatario de los debiera responder la Administración y, en definitiva, evitar que se ponga en riesgo la prestación del servicio.

Como corolario de lo expuesto, en nuestra opinión, existiría responsabilidad del órgano de contratación cuando este incumple, total o parcialmente, el deber de información que le impone el artículo 120 del TRLCSP. Pero también cuando se verifica después de formalizado el contrato que la información proporcionada no es completa y veraz, siempre que se aprecie que el órgano de contratación no ha actuado con la diligencia debida. Esto es, no se ha dotado de mecanismos adecuados en los pliegos o no ha desplegado sus facultades de vigilancia, supervisión y control del contrato aún vigente.

Esa responsabilidad debería plasmarse en el derecho del nuevo contratista o concesionario a que se reequilibre la economía del contrato, lo que, en definitiva, redundará en garantizar la viabilidad del contrato. Considerar que quien debe asumir las consecuencias económicas de esa situación es únicamente el nuevo contratista o concesionario en virtud del principio de riesgo y ventura de los contratos administrativos ni responde a un criterio de justicia material ni está justificado si atendemos a los principios más elementales de equidad.

3.4. ¿Hacia dónde se dirige la reforma legislativa en curso?

Aunque la redacción del artículo 130 del borrador de anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (versión 17 de abril de 2015), publicado en el trámite de información pública, avanza tímidamente en la adopción de medidas por los órganos de contratación en los pliegos, estas siguen siendo insuficientes y no garantizan que se eviten los daños y perjuicios que puedan derivarse para el nuevo contratista o concesionario como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del órgano de contratación de esa obligación de información que el precepto le impone.

En la nueva redacción del precepto se establece la obligatoriedad de que los órganos de contratación establezcan en el pliego de cláusulas administrativas particulares: (i) penalidades para el empresario saliente que incumpla la obligación de entregar la información completa y veraz de los trabajadores en cuyas relaciones de trabajo deberá subrogarse el nuevo contratista; y (ii) la obligación del contratista saliente de abonar los salarios impagados de los trabajadores afectados por la subrogación, aun en el supuesto que se resuelva el contrato y los trabajadores sean subrogados por el nuevo contratista.

Así, a modo de ejemplo, olvida el legislador que el nuevo contratista o concesionario en el supuesto de sucesión de empresas no solo responde de los salarios impagados. Como se ha expuesto, el artículo 44, apartados 1 y 3 del ET y artículos 127 y 104.1 de la LGSS amplían las responsabilidades, con carácter solidario, por ejemplo, a cualquier responsabilidad laboral anterior a la transmisión, como indemnizaciones por despido pendientes de abono, cotizaciones pendientes de abono con sus recargos correspondientes o prestaciones causadas antes de la sucesión de empresa. Por tanto, el precepto debería establecer que el contratista saliente deberá asumir los costes derivados de todas aquellas responsabilidades que se deriven para el nuevo empresario de la normativa laboral y de Seguridad Social.

En definitiva, debe aprovecharse la reforma en marcha para establecer un marco que otorgue seguridad jurídica a los empresarios en el marco de las subrogaciones legales o convencionales y que resuelva por la vía de la relación contractual administrativa previa las incidencias que puedan generarse y que dejen indemne al nuevo contratista. De lo contrario, la primera consecuencia será que el

precio se verá incrementado ante la incertidumbre de las responsabilidades económicas que se adquirirán por vía de la subrogación de trabajadores. La segunda vendría determinada por la inviabilidad en la prestación del servicio en los términos ofertados, lo que sin duda redundará en controversias continuas entre las partes contratantes y muy probablemente en una peor calidad del servicio que deba prestarse a la Administración o a los ciudadanos.

3.5. Recomendaciones

En nuestra opinión, la responsabilidad del órgano de contratación en los supuestos antes expuestos debería conllevar el derecho del nuevo contratista al reequilibrio del contrato. No obstante, el grado de incertidumbre en el posicionamiento de la Administración contratante al respecto y en último término de la jurisdicción contencioso-administrativa hace aconsejable desde un punto de vista práctico la adopción de medidas destinadas a evitar la producción del riesgo de tener que asumir los daños y perjuicios que tal motivo se le irroguen.

(i) En fase de licitación será primordial analizar y, en su caso, obtener información sobre las siguientes cuestiones:

- Si se desconoce, obtener información sobre si existe convenio colectivo que establezca la subrogación convencional para la concreta actividad objeto del contrato. En caso afirmativo, verificar si los pliegos o la documentación complementaria contienen la información detallada que se contiene en el artículo 120 del TRLCSP (trabajador, categoría profesional, salario, antigüedad, etc.).
- Si los pliegos no informan de la subrogación o, aun haciéndolo, no contienen esa información detallada o esta se aprecia que es incompleta o es factible que no sea veraz, la primera opción sería requerir al órgano de contratación para que se complete o se corrijan los datos. Sería recomendable solicitar al órgano de contratación para que el contratista saliente acredite estar al corriente de pago de sus obligaciones laborales y con la Seguridad Social.
- En el caso de que no se responda adecuadamente a ese requerimiento o se aprecie reticencia del órgano de contratación a proporcionarla, procedería interponer recurso especial en materia de contratación contra

los pliegos, solicitando como medida cautelar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

- Si no existe convenio colectivo, sería preciso descartar que (i) el pliego de cláusulas administrativas particulares imponga esa subrogación y que (ii) estemos ante un supuesto de sucesión de empresa *ex* artículo 44 ET.
- Si los pliegos imponen la subrogación del personal, la única vía de actuación sería la interposición de recurso especial en materia de contratación en los términos expuestos. De no hacerlo así, la subrogación sería impuesta por la jurisdicción social, cuyo criterio es aceptar como válida la subrogación *ex* pliegos.
- Si del análisis previo se pudiera concluir que podría estarse en un supuesto de sucesión de empresa, habrían que valorarse económicamente las responsabilidades que el nuevo contratista asumiría en este caso y tratar de obtener información por cualquier vía sobre la situación de los trabajadores y el cumplimiento o no de las obligaciones laborales y con la Seguridad Social. En caso de que el resultado permita concluir que pueden existir incumplimientos o irregularidades graves, deberá valorarse la oportunidad de concurrir a la licitación.

(ii) Realizada a su favor la adjudicación del contrato, y antes de la formalización, es recomendable en ese momento solicitar al órgano de contratación, en los términos que establezca el convenio colectivo aplicable, toda la información de los trabajadores objeto de subrogación y sus costes laborales, así como la acreditación de que el contratista saliente está al corriente de pago de las cuotas de Seguridad Social de estos trabajadores. En el caso en que la nueva información ponga de relieve un número superior de trabajadores o costes laborales sustancialmente superiores a los datos tenidos en cuenta para elaborar la oferta, sería posible negarse a la formalización del contrato, sin consecuencias para el adjudicatario.

Si, no obstante, el adjudicatario opta por formalizar el contrato una vez conozca esa información, estaría cerrándose la posibilidad de reclamar un reequilibrio con base en esta circunstancia.

(iii) Si la toma de conocimiento de esas diferencias al alza se produce tras la adjudicación y formalización del contrato, la posibilidad de salir del contrato o de lograr que se restablezca el equilibrio económico del contrato escapa del control del nuevo contratista y su obtención puede llevar un proceso más complejo y dificultoso. No obstante, los argumentos anteriores gozan de solidez suficiente para que, concurriendo responsabilidad del órgano de contratación, la Administración contratante y, en su caso, la jurisdicción contencioso-administrativa reconozcan el derecho al reequilibrio de la economía del contrato.

III · CONCLUSIONES

El régimen jurídico de la subrogación de trabajadores en el ámbito de los contratos públicos viene determinado por la normativa laboral y doctrina acuñada por la jurisprudencia social, y, con algunos matices, por los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa en la determinación de la derivación de cuotas de Seguridad Social.

Las negativas consecuencias que de la obligación de subrogación de trabajadores puedan derivarse a los contratistas entrantes exigen tener en cuenta que en fase de licitación el contrato el órgano de contratación está obligado a proporcionar a los licitadores la información que se establece en el artículo 120 del TRLCSP, respecto de los trabajadores que quedarán afectados por la subrogación en la plantilla

del contratista entrante. Pero no es infrecuente que, a la postre, los datos inicialmente proporcionados no se correspondan con la realidad y obliguen a la subrogación de un mayor número de trabajadores o a asumir costes laborales superiores a los informados, que no pudieron tenerse en cuenta al elaborar su oferta.

Existen sólidos argumentos que permitirían concluir la existencia de responsabilidad del órgano de contratación cuando este no se ha dotado en los pliegos de condiciones de los medios necesarios a tal fin, o ha actuado con negligencia en la obtención de datos completos y veraces, o no ha ejercitado sus facultades de supervisión, vigilancia y control de la ejecución del contrato para evitar el daño. La consecuencia debiera ser el derecho del contratista entrante al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración.

La relativización del alcance de la obligación de información supondría *de facto* abocar a los licitadores en el mejor de los escenarios a prescindir de la obtención de beneficios, a cuyo cargo irán esos sobrecostes, o, incluso, generarle pérdidas continuadas durante la vigencia del contrato, poniendo en serio riesgo no solo la viabilidad de la propia empresa, sino también la prestación del servicio.

No obstante, y hasta que no existan pronunciamientos que aboguen por esta solución, será de mucha utilidad tener en cuenta las recomendaciones prácticas expuestas, pues evitarán en buena medida el riesgo de asumir sobrecostes laborales no previstos.