

# ANÁLISIS DE LAS NOVEDADES EN MATERIA DE SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

María del Socorro Garrido Moreno  
*Abogada del Estado*

Fecha de recepción: 14 marzo de 2018  
Fecha de aceptación: 20 de abril de 2018

**RESUMEN:** El propósito de este artículo es examinar en profundidad la nueva redacción dada a la obligación de informar sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo prevista en el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público, 9/2017, de 8 de noviembre.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to examine in depth the new wording of the obligation to report on the conditions of subrogation in work contracts provided for in Article 130 of the Law on Public Sector Contracts, 9/2017, of 8 November .

**PALABRAS CLAVE:** Gestación subrogada, Derecho laboral.

**KEYWORDS:** Surrogate pregnancy, labor Law.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. III. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. IV. SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN CASOS DE REVERSIÓN DEL SERVICIO POR LA ADMINISTRACIÓN. V. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR. VI. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR. VII. DEPURACIÓN DE RESPONSABILIDADES.

## 1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es examinar en profundidad la nueva redacción dada a la obligación de informar sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo prevista en el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público, 9/2017, de 8 de noviembre, 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 (en adelante LCSP). Frente a la parca regulación que hasta ahora se contenía en el derogado artículo 120 de la legislación anterior, el nuevo precepto presenta una regulación mucho más amplia y detallada, con una extensión de seis incisos que vienen a deslindar definitivamente el contenido propio de las normas administrativas y laborales, situando dentro de éstas últimas la existencia de la obligación de subrogación de personal; y a delimitar con mayor grado de precisión su ámbito de aplicación subjetivo, tanto desde una perspectiva pasiva como desde una perspectiva activa, en relación con la cual introduce una referencia expresa a la obligación de subrogación en los casos de reversión del servicio por la Administración Pública. Asimismo, la nueva regulación determina la documentación mínima del personal a subrogar que debe facilitarse al órgano de contratación a fin de permitir la exacta valoración de los costes laborales que esta medida implicará, así como las penalidades que podrán imponerse al adjudicatario actual del contrato caso de incumplimiento de este mandato. Por último, cierra la regulación del precepto la previsión de las acciones legales de las que podrán hacer uso, según cada caso, el nuevo adjudicatario del contrato y los propios trabajadores subrogados, a fin de repeler los comportamientos dirigidos a causarles daños.

## 2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Consciente de que la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares el legislador ha querido llevar esta precisión a la regulación de artículo 130, de cuyo inciso primero resulta que la obligación de información existirá cuando una norma legal, un convenio colectivo, o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales. De esta forma desaparece de la actual regulación la expresión contenida en el anterior artículo 120: *“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales”*, viniendo a confirmar la nueva redacción la negativa mantenida por la jurisdicción contencioso-administrativa de conceder a los pliegos de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de imponer la subrogación cuando no concurren los requisitos (objetivos y subjetivos) descritos en el artículo 44 ET, o bien no lo imponga un convenio colectivo.

Con carácter previo a esta nueva redacción ya resultaba pacífico en la práctica totalidad de nuestra doctrina jurisprudencial que la cláusula de subrogación empresarial excedía del ámbito subjetivo propio de los pliegos de cláusulas administrativas al afectar a terceros ajenos al vínculo contractual, por lo que la existencia o inexistencia de dicha obligación debía determinarse con base en la normativa laboral aplicable, tal y como resultaba, de la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales número 879/2014, de fecha de 28 de noviembre 2014, en la que se indica que: *“(...) en relación con la obligación de informar en los pliegos sobre el personal a subrogar, debe señalarse, en primer lugar, que es doctrina de este Tribunal que la obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien a su vez deberá a su vez recabarla de los actuales adjudicatarios. Así se ha señalado en diversas resoluciones de este Tribunal, pudiendo citar al respecto la n.º 321/2014: “La cuestión de si debe incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación del adjudicatario de subrogarse en los contratos de trabajo del personal que viene prestando el servicio por cuenta de otro empresario se ha planteado varias veces ante este Tribunal y, en concreto ha analizado este mismo convenio colectivo en resolución 608/2013 (...). En esta resolución,*

*interpretando el citado artículo 120, se dice que el mismo no impone que en los pliegos de cláusulas administrativas se deba contener una cláusula de subrogación, pues tal y como se dijo en la Resolución 75/2013: "la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un "contenido netamente laboral" (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y "que forman parte del status del trabajador", de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social. "Pero, pese a ello, se decía que "aunque en el pliego no haya obligación de contemplar la subrogación, sí que la hay de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio colectivo sectorial de aplicación", dado el tenor inequívoco del art. 120 TRLCSP (...)".*

En este mismo sentido, la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 235/2016, de 2 de noviembre de 2016, tras analizar la jurisprudencia que admite la subrogación impuesta en los pliegos (SAN de 16 de marzo de 2015, casación 1009/2013, y la que lo niega STS de 8 de junio de 2016 (RJ 2016,3491), casación 1602/2015, concluye que la subrogación procederá o no según la concurrencia o no de las exigencias propias del Derecho Laboral, sin poderse imponer directamente en los pliegos.

A tenor de lo expuesto, la interpretación jurisprudencial mayoritaria hasta la fecha seguiría siendo aplicable a la luz de la nueva redacción dada a este precepto, dado que el legislador ha reforzado la idea de no poder ser impuesta vía pliegos la obligación de subrogación. A pesar de ello, algunos autores han considerado que, en todo caso, habría que esperar a la interpretación que se realice por Juzgados y Tribunales en relación con el alcance y significado de este precepto tras las nuevas referencias a la subrogación impuestas por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general<sup>1</sup>. Sin embargo, lo cierto es que es posible atisbar que el criterio jurisprudencial va a continuar siendo el hasta ahora conocido a juzgar por pronunciamientos tales como los expresados por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, en su Sentencia 983/2017, de 12 de diciembre, recurso 668/2016: *"d).- A destacar -finalmente- que esa función meramente informativa del art. 120 TR LCSP -aplicable en autos- se evidencia aún más claramente en la no vigente todavía 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, en cuyo art 130.1 se dispone -bajo el epígrafe «Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo»- que «Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación...».* Redacción que pone de manifiesto que las constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto - que la Administración ni tiene porqué conocer ni con la sola información pretende imponer- de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio. Y es reiterada doctrina de la Sala que las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, cumplen una evidente función orientadora, pudiendo «influir» el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior (SSTS 22/03/02 -rc 1170/01 -; ... 06/07/16 - rcud 530/14 - ; y 29/03/17 -rc 133/16".

Por otra parte, en relación con el ámbito subjetivo de aplicación el legislador ha querido precisar en el inciso segundo que lo dispuesto en relación con la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las

cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación, y que cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

En relación con el primer párrafo, su contenido se alinea con la literalidad del artículo 86.2 de la Ley 27/1999 de Cooperativas: *“Cuando una cooperativa de trabajo asociado cese, por causas no imputables a la misma, en una contrata de servicios o concesión administrativa y un nuevo empresario se hiciese cargo de éstas, los socios trabajadores que vinieran desarrollando su actividad en las mismas tendrán los mismos derechos y deberes que les hubieran correspondido de acuerdo con la normativa vigente, como si hubiesen prestado su trabajo en la cooperativa en condición de trabajadores por cuenta ajena”*. No obstante, en la medida que el apartado empieza con la expresión *“Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores”*, parece que sugiere que debe entenderse que la subrogación únicamente será exigible si concurren los requisitos del artículo 44 ET, o bien, si así lo dispusiera un convenio colectivo o un acuerdo colectivo de eficacia general que les fuera aplicable.

En palabras de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz: *“En relación con el párrafo segundo pueden plantearse algunas dudas interpretativas a la luz de su literalidad. Teniendo en cuenta que, si concurren los requisitos del artículo 44 ET, la subrogación de la plantilla no es disponible (sino que es una norma imperativa de obligado cumplimiento), salvo que se entienda que el legislador ha introducido esta disposición de forma reiterativa, de la literalidad de este apartado podría extraerse que se está obligando a la subrogación de todas las personas discapacitadas, con independencia de la concurrencia de los requisitos del artículo 44 ET, y de lo que pudiera prever un convenio colectivo o un acuerdo colectivo de eficacia general al respecto, y con independencia también de que quedaran o no dentro de su ámbito de aplicación.*

*Asimismo, para los casos de subrogación ex convenio o acuerdo colectivo de eficacia general, esta disposición estaría dando cobertura legal a la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo en estos casos, en cuya virtud aunque los Centros Especiales de Empleo queden fuera del ámbito de aplicación del convenio colectivo, se aplican las cláusulas subrogatorias tanto si el Centro Especial de Empleo es la contratista entrante como la saliente”*<sup>vi</sup>.

Por otra parte, esta previsión deja sin cubrir otras cuestiones de la subrogación tales como el tiempo mínimo del mantenimiento del contrato de trabajo, la posibilidad de movilidad de las personas con discapacidad a otros servicios o las características de la relación laboral entre la persona con discapacidad y el nuevo empleador.

### **3. SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN CASOS DE REVERSIÓN DEL SERVICIO POR LA ADMINISTRACIÓN.**

El artículo 130.3 dispone que: *“En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”*.

En relación con esta disposición el profesor Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz<sup>viii</sup> ha puesto de manifiesto los dos principales problemas que introduce y que a continuación analizamos. En primer lugar, el precepto condiciona la obligación de la Administración de asumir la subrogación de personal al hecho de que una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general así lo establezca. Ahora bien, ¿qué ocurriría en el caso de quedar la Administración extramuros del ámbito de aplicación de dicho convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva? La norma no lo especifica, por lo que a priori sería posible cualquiera de estas dos interpretaciones, tanto la que propugna

que sólo le será aplicable dicha obligación en caso de serle aplicable la norma laboral que la impone, como la que propugna que le será aplicable en todo caso al no prever el precepto la necesidad de que dicha norma laboral *“le sea aplicable”*. Ahora bien, si atendemos al principio de precisión y concisión de las norma jurídicas, soportado en la finalidad de no producir leyes interminables, y a la eficacia jurídica que le es propia a un convenio colectivo ex artículo 82.3 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: *“Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”*, parecería razonable posicionarse a favor de la primera interpretación indicada.

En segundo lugar, la contratación de este personal por la Administración Pública plantea el problema de respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público consagrados en los artículos 23 y 103 de la Constitución Española, y artículo 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP). Como es sabido, de acuerdo con el artículo 8 del EBEP son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de intereses generales pudiendo clasificarse en: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal), y personal eventual. En cuanto se refiere a los sistemas de acceso del personal laboral el artículo 61.7 EBEP dispone que: *“Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos”*. Por lo tanto, la falta de acceso de este personal subrogable a través de un sistema de concurrencia competitiva basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad va a impedir, absolutamente, su calificación como personal laboral fijo. Sin embargo, su calificación como personal laboral indefinido no fijo tampoco es pacífica a día de hoy toda vez que la disposición adicional vigésimo sexta de la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, establece que no podrán ser considerados personal laboral del artículo 8 EBEP los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios o de cualquier otro contrato adjudicado por la Administración Pública<sup>iv</sup>. Por lo que, al igual que ocurre con la DA 26 LPGE 2017, también en relación con esta previsión habrá que esperar a la aplicación que de la misma realicen los Juzgados y Tribunales en el sentido de optar por la categoría alternativa de “personal subrogable” o mantener la consideración tradicional como “indefinidos no fijos”.

#### 4. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Analizado ya el ámbito de aplicación subjetivo de esta obligación, tanto desde su perspectiva pasiva (personal a subrogar) como desde su perspectiva activa (sujetos obligados a asumir la subrogación), la siguiente cuestión que se analiza es la relativa al alcance de la obligación de informar acerca de las condiciones laborales de este personal que pesa sobre el actual adjudicatario del contrato. En relación con dicho alcance, la redacción del derogado artículo 120 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ha sido sustituida por la contenida en el más detallado último párrafo del primer inciso del artículo 130, por el que se dispone que: *“Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”*. Previsión con la que el legislador viene a resolver las dudas que hasta la fecha habían existido acerca del mismo. Con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma habían sido numerosos los recursos especiales en materia de contratación en los que la parte recurrente consideraba insuficiente la documentación suministrada, por ejemplo por

falta de inclusión en ella de los datos relativos a los salarios que percibían los trabajadores a subrogar, complementos específicos y demás condiciones extraconvenio; considerando insuficiente la mera referencia al convenio colectivo aplicable y vulnerados los principios de transparencia, concurrencia e igualdad de trato. Entre la abundante doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resolviendo estas cuestiones es posible destacar las siguientes resoluciones. En primer lugar, la resolución 879/2014 en la que se reitera la obligación del órgano de contratación de suministrar esta información: “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. 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. En cuanto al alcance de la información que debe suministrarse, basta con que se indique la relativa al tipo de contrato, antigüedad y salario, pudiendo remitirse a aquellos documentos o normas que permitan completar dicha información y que se encuentren a disposición de todos los licitadores.

En segundo lugar, la resolución 201/2015 de 27 de febrero, por la que se establece la suficiencia de la información relativa a las retribuciones variables estando aportados los datos de manera agregada: “En el presente caso la información contenida en el Anexo VI completada con la publicada en el perfil del contratante el 21 de enero de 2015, cumple los requisitos expresados. En efecto, el Anexo VI por cada trabajador la antigüedad, categoría profesional, jornada, centro de trabajo, localidad y provincia, a lo que añade la información publicada el 21 de enero de 2015 la expresión específica de los Convenios Colectivos aplicables, que por lo demás puede deducirse de los datos del propio Anexo, de modo que consultando los Convenios Colectivos puede establecerse para cada trabajador las retribuciones correspondiente a los conceptos salario, antigüedad y plus de asistencia. De otra parte la información complementaria publicada el 21 de enero de 2015, da los importes agregados en cómputo anual de las retribuciones correspondientes a los restantes conceptos retributivos, en este caso los variables en función de los diferentes acuerdos globales o personales, distinguiendo entre el importe de la suma de pluses consolidados por los trabajadores en concepto de disponibilidad, guardias y turnos, y el importe de la suma de pluses consolidados por los trabajadores por otros conceptos retributivos distintos de los anteriores.

*Dicha información, aun siendo agregada para las retribuciones variables, es suficiente para que los licitadores puedan calcular los costes laborales en su conjunto, lo que es suficiente para formular su oferta, sin que sea necesario individualizar los importes de retribuciones variables consolidadas”.*

Y en tercer lugar, la resolución número 751/2017 por la que se estima la insuficiencia de la información facilitada por el órgano de contratación por falta de documentación esencial, como lo es la relativa a los salarios: “Séptimo. (...) Pues bien, según se ha dicho en los antecedentes la información suministrada en la documentación complementaria publicada el 25 de abril de 2017 incluye una relación con los puestos de trabajo, el NIF de cada trabajador, su número de afiliación a la Seguridad Social, el código numérico del tipo contrato, el porcentaje de jornada y la antigüedad, pero no los salarios.

*En principio tales datos deberían permitir el cálculo de los costes laborales mediante la aplicación del Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2012). Sin embargo, es el propio Convenio el que al referirse a la subrogación laboral en el artículo 35 menciona también las condiciones salariales extraconvenio, de las que en modo alguno se da cuenta en los documentos de la convocatoria. Por otra parte, consta también que en el apartado B del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas que el Convenio Colectivo que ha sido tenido en cuenta para el cálculo del presupuesto de licitación es el III Convenio Colectivo para las empresas que tengan adjudicada mediante contrato con alguna administración pública la gestión de la atención especializada en el ámbito de la familia, infancia y juventud en la Comunitat Valenciana y finalmente, en el listado de condiciones de personal que obra en el expediente consta que ha sido facilitado por la Fundación Diagrama, siendo así que en el BOE n° 159*

del jueves 4 de julio de 2013 se publicó el Convenio Colectivo de la Fundación Diagrama de Intervención Psicosocial.

En tales condiciones, no puede entenderse que se haya dado la información salarial imprescindible para la evaluación de los costes laborales que implicará la subrogación. El conocimiento de esa información es relevante, sobre todo si se considera que el personal afectado por la subrogación es relativamente muy numeroso, siendo su número incluso mayor del que expresamente se exige en los pliegos (Cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas), por lo que ha de entenderse que se ha infringido el artículo 120 TRLCSP por no haberse suministrado la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Procede en consecuencia la estimación del motivo”.

## 5. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Una vez conocido el alcance de esta obligación de informar cabría preguntarse acerca de las consecuencias de no atenderlo. ¿Es dable a la Administración entrar a revisar la documentación facilitada por el actual adjudicatario hasta el punto de exigirle la rectificación de la misma? ¿Es posible la imposición de penalidades en caso de no ser atendido el requerimiento de cumplir con aquélla? Las respuestas a estas cuestiones resultan de la doctrina sentada por los Tribunales administrativos de contratación pública en relación con la primera, y de la actual regulación del artículo 130 en relación con la segunda.

La previsión del artículo 130 comprende no sólo la obligación del órgano de contratación de recabar del licitador (actual adjudicatario del contrato) la información necesaria para que los licitadores puedan evaluar los costes laborales de la subrogación, sino también la obligación de comprobar que dicha información es suficiente, y en caso de no serlo la obligación de requerir al actual adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo llegar incluso a aplicar las consecuencias previstas en el pliego para el caso de que incumpla esta obligación. El objetivo final que se persigue es el de garantizar la transparencia e igualdad de trato entre todos los licitadores, eliminando la desventaja competitiva que llevaría aparejado el hecho de tener sólo uno de los licitadores información veraz y completa de los costes laborales aparejados al contrato. En este sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su resolución número 362/2017, de fecha de 29 de noviembre de 2017, en la que señala que: “El deber de información del órgano de contratación conforme al artículo 120 del TRLCSP tiene por finalidad permitir a los licitadores evaluar los costes de la subrogación, pero no prejuzga el alcance definitivo de la misma que, en última instancia, correspondería determinar a la jurisdicción social. La amplitud de dicha información debe incluir los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación y los datos esenciales de su relación laboral que permitan conocer sus costes como categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, del cimiento del contrato, salario bruto anual y otros, tal como ha recogido la doctrina de los tribunales de recursos contractuales y ahora recogida en el artículo 130 de la Ley 9/2017”.

Y precisamente, para evitar estos comportamientos dirigidos a perjudicar a los licitadores en general, y al contratista entrante en particular, el inciso cuarto establece la necesidad de prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites del artículo 192 para los casos de incumplimiento de esta obligación.

Por su parte, la obligación del órgano de contratación se limita a suministrar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que pueda afectar la subrogación, sin prejuzgar el alcance definitivo de la misma, que vendrá determinado, como ya se ha indicado, por las normas de derecho laboral y corresponderá determinar a la jurisdicción social. Pero todo ello, sin perjuicio no sólo de la facultad sino también del deber

de la Administración de entrar a valorar la veracidad de la documentación suministrada, y de requerir si fuera necesario al actual contratista a su corrección. Caso de no hacerlo, la Administración no sólo podrá imponer las penalidades previstas en el pliego, sino que constituye una facultad incuestionable de aquélla la fijación del contenido del contrato y la definición de su objeto de acuerdo con las necesidades reales que traten de cumplirse con la licitación, y dentro de esta potestad, la de fijar el número y características de los trabajadores que estime necesarios para el cumplimiento del contrato, sin tener que estar obligada a aceptar como tales los que el último adjudicatario haya incorporado a la plantilla, pues ello supondría eliminar su potestad configuradora del contrato y obligarle a asumir costes y obligaciones que pueda considerar sobrantes o innecesarios. Así lo ha establecido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 399/2018 de 23 de abril.

## 6. DEPURACIÓN DE RESPONSABILIDADES

Para concluir nuestro análisis procede examinar qué medidas ha establecido el legislador a fin de evitar que puedan derivarse daños para los sujetos obligados por esta medida, tanto desde una perspectiva activa como desde una perspectiva pasiva. En relación con los primeros, el inciso quinto establece que el contratista tendrá acción directa cuando 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, lo que en principio pasaría por la circunstancia de no haber sido capaz dicho órgano de contratación, con carácter previo a la licitación y adjudicación del contrato, de detectar los errores existentes en la documentación suministrada por aquél, y urgirle a su corrección.

En relación con los segundos, el inciso sexto establece que, *“sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos”*. A través de esta previsión el legislador busca asegurar la protección de los salarios y demás emolumentos adeudados a los trabajadores afectados por la subrogación, al margen de proceder ésta de una sucesión de empresas o de una mera sucesión en la ejecución de un servicio<sup>vi</sup>.

---

<sup>i</sup> Santiago González-Varas Ibáñez, *Tratado de Derecho Administrativo tomo III, Contratación Pública, Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, Editorial Thomson Reuters, páginas 415-416.

<sup>ii</sup> Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Una mirada crítica de las relaciones laborales*, entrada de 13 de noviembre de 2017.

<sup>iii</sup> Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Una mirada crítica de las relaciones laborales*, entrada de 13 de noviembre de 2017. *“El efecto subrogatorio del personal en casos que impliquen una “recuperación” de los elementos objetivos es ineludible a la luz de la Directiva 2001/23, de la doctrina del TJUE y del art. 44 ET. Mayores dudas puede suscitar la referencia a la sucesión ex convenio o acuerdo de eficacia general, especialmente, si la Administración queda fuera de su ámbito de aplicación (al respecto, como se sabe, la jurisprudencia – entre otras, STS 26/7/2012 (RJ 9976) – y el TJUE – caso CLECE – han negado que las cláusulas subrogatorias le sean aplicables si queda fuera de su ámbito de aplicación). En este sentido, aunque podría interpretarse que en estos casos de reversión la Administración queda obligada a la subrogación aunque quede fuera del ámbito de aplicación del convenio o acuerdo de eficacia general, parece que lo más razonable es entender que la expresión “si así lo establece (...) un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general” debe complementarse con la siguiente expresión “que les sea aplicable”. No obstante, también es cierto que la omisión de esta “coletilla” podría acarrear que se interpretara de forma totalmente contraria. Por otra parte, este apartado 3º “contrasta” con el contenido de la DA 26ª LPGE’17, pues, en la medida que el efecto subrogatorio de la Directiva 2001/23 no puede eludirse, como se sabe, ha dejado a los trabajadores afectados*

por una reversión en el “limbo” jurídico al impedir su calificación como indefinidos no fijos. Lo cierto es que, aunque era una solución “imperfecta”, al menos, era la única disponible para estos casos (y parece que sería deseable que se mantuviera, mientras el Legislador no decida aclarar la situación de este colectivo). En todo caso, como he apuntado en otra ocasión, habrá que estar a la expectativa de cómo interpretan esta DA 26<sup>a</sup> los Tribunales y si mantienen su calificación como indefinidos no fijos (y, en tal caso, cómo soslayan la literalidad de la citada DA), o bien, optan por la tesis propuesta por la doctrina administrativista de la condición de “personal subrogado” (creándose una nueva figura, y añadiendo más complejidad a la existente). Y, en este último caso, habrá que concretar los efectos que conlleva. Si a efectos extintivos, finalmente, se acaba equiparando a lo que en la actualidad ya se prevé jurisprudencialmente para los “indefinidos no fijos”, no dejaría de ser un “circunloquio jurídico”.

<sup>iv</sup> DA 26 LPGE: “Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos”.

<sup>v</sup> Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Una mirada crítica de las relaciones laborales*, entrada de 13 de noviembre de 2017: “La redacción de este apartado 6 también resulta algo confusa porque, a pesar de que inicialmente se remite a lo previsto en el art. 44 ET, a continuación, prevé una regla que excepciona la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, al eximir a este último del pago de las deudas pendientes.

No obstante, al margen de esta previsión legislativa ex Ley 9/2017 (y que a priori podría excepcionar el contenido del art. 44 ET), en aquellos casos en los que se produzca un “traspaso” ex Directiva 2001/23 esta exención de responsabilidad del cesionario no parece que pueda ser viable. Especialmente porque el art. 3.1 establece: “Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso”.

De modo que, a mi entender, el único supuesto al que puede estar refiriéndose este apartado es a las subrogaciones ex convenio o acuerdo colectivo de eficacia general que exijan una subrogación de plantilla y que el cesionario no asuma a un número de trabajadores que pueda ser calificado como “una parte esencial de la plantilla” del contratista saliente. Fuera de este caso, la exención de responsabilidad prevista en la Directiva sería ineludible (de modo que los trabajadores pueden dirigirse a ambos).

De hecho el apartado 6<sup>o</sup> estaría dando amparo legal a lo que ya prevén muchos convenios colectivos, eximiendo de responsabilidad al cesionario de las deudas pendientes del cedente. Posibilidad perfectamente lícita, mientras no se asuma una parte esencial de la plantilla del contratista saliente”

<sup>vi</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, 983/2017, de 12 de diciembre, recurso 668/2016