



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 1 5 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 6 de julio de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de interpretación del contrato de "Servicio de Seguridad y Vigilancia en edificios y centros del Cabildo de Fuerteventura" adjudicado a la empresa M.S.P., S.A. (EXP. 180/2016 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura, lo constituye la Propuesta de Resolución del procedimiento de interpretación de la cláusula VII del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del contrato del servicio de seguridad y vigilancia en edificios y centros del Cabildo de Fuerteventura, adjudicado el 25 de mayo de 2015 a la empresa M.S.P., S.A. y formalizado el 29 de enero de 2016.

2. Dado que la contratista se opone a la interpretación que sostiene el órgano de contratación, la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Presidente del Cabildo Insular para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.C.a) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

3. En el expediente constan el acuerdo, de 26 de abril de 2016, del Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura, en su calidad de órgano de contratación iniciando el procedimiento de interpretación del contrato. En este acuerdo se

---

\* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

dispone que se incorporen los preceptivos informes de la Secretaría General del Cabildo y de la Intervención de Fondos con posterioridad al dictamen del Consejo Consultivo. El art. 211.3.a) TRLCSP, que es de carácter básico, dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los procedimientos de interpretación del contrato, cuando se formule oposición por parte del contratista. El art. 97, que no posee carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, añade que:

«Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos, cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales, se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:

1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.
2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.
3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.
4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista».

El art. 3.2 de la Ley 5/2002 establece que:

«Emitido un dictamen por el Consejo Consultivo sobre un asunto, su solicitante no podrá recabar, para el mismo procedimiento y en los mismos términos, ningún otro informe de cualquier otro órgano de la Comunidad Autónoma o del Estado».

De la anterior regulación resulta que después de emitido el presente dictamen no se podrá solicitar los informes a la Secretaría General del Cabildo ni a la Intervención de Fondos.

En el expediente consta el trámite de audiencia a la empresa contratista y sus alegaciones por las que se opone a la interpretación que sostiene la Administración. Igualmente figura el Decreto, de 24 de mayo de 2016, del Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura, por el que, con base en el art. 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), suspender el plazo máximo para

resolver el presente procedimiento de interpretación del contrato por el tiempo que medie entre la solicitud de informe al Consejo Consultivo de Canarias y la recepción del mismo, sin que esa suspensión pueda exceder de tres meses.

## II

1. La diferencia interpretativa concierne al primer párrafo de la cláusula 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP) cuyo tenor es el siguiente:

«Atendiendo al art. 14 del convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad, la nueva empresa adjudicataria estará obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo».

Su segundo párrafo, para información de los licitadores, indicaba el número de vigilantes de seguridad que prestaban de forma permanente los servicios de vigilancia vinculados al contrato, con expresión de su categoría y antigüedad.

La Administración interpreta que, de acuerdo con el art. 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad, la nueva empresa adjudicataria se encuentra obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, respetándose todos los derechos laborales que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, en cuanto a sus condiciones retributivas, antigüedad y jornada laboral.

2. La contratista se opone a esta interpretación con base en los siguientes argumentos:

Que como empresa subrogada está obligada en abstracto a respetar los derechos laborales de los trabajadores subrogados, pero no de aquellos que son susceptibles de alteración por una norma de rango superior. Conforme al art. 84.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, los convenios colectivos de empresa no están vinculados en su contenido al de los convenios concurrentes de ámbito superior, por lo que con respeto a las normas imperativas laborales pueden establecer una regulación propia para la empresa. Esto es, el convenio de empresa desplaza la aplicación de la norma concurrente de ámbito superior. La contratista tiene negociado, aprobado y registrado su propio convenio de empresa con anterioridad a participar en la licitación en virtud de la cual se le adjudicó el contrato del que trae causa, por lo que la aplicación al personal subrogado de la escala salarial contenida en dicho convenio de empresa, en lugar de la del convenio

colectivo nacional, no representa un incumplimiento del pliego de condiciones técnicas y es conforme a la ley.

Que la imposición por el órgano de contratación de que retribuya a los trabajadores subrogados conforme al convenio colectivo nacional constituye una injerencia en las relaciones empresario-trabajador fuera del ámbito competencial del órgano de contratación; representa una interpretación jurídica de la obligación de subrogación incluida en el pliego que no es pacífica en los órganos y tribunales de justicia; e impone la aplicación de un convenio colectivo contrariando una disposición legal.

Al argumento consistente en que las condiciones que establece el pliego de condiciones técnicas son criterios completamente objetivos y previamente establecidos que vinculan a ambas partes y que deben ser tenidas en cuenta por los licitadores a la hora de presentar sus ofertas y que, por consiguiente, su incumplimiento por el adjudicatario quebraría la igualdad de condiciones en las que han de concurrir los licitadores a partir de los criterios objetivos y públicos del pliego que rige el contrato y supone un enriquecimiento ilícito del adjudicatario respecto a las otras empresas ofertantes, la contratista rearguye que el órgano de contratación ignora las condiciones laborales de subcontratación que hubieran aplicado el resto de licitadores para el caso de resultar adjudicatarios, por lo que es infundado el reproche de la existencia de un enriquecimiento ilícito.

### III

1. En la fecha de adjudicación del contrato estaba vigente el Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad (CCE), publicado en el BOE núm. 99, de 25 de abril de 2013, cuyos arts. 41 (jornada de trabajo) y 42 (horas extraordinarias) y tablas de retribuciones y demás conceptos económicos para el año 2014 fueron modificados por el acuerdo publicado en el BOE núm. 80, de 2 de abril de 2014. Este Convenio fue sustituido por el publicado en el BOE de 12 de enero de 2015, que a su vez fue sucedido por el Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad para el periodo julio 2015-2016, publicado en el BOE núm. 224, de 18 de septiembre de 2015. Estos convenios, cuyo ámbito territorial abarca todo el territorio nacional, incluyen en su campo de aplicación todas las empresas dedicadas a la prestación de vigilancia y protección de cualquier clase de locales, bienes o personas.

En todos ellos se incluye un art. 14, intitulado «Subrogación de servicios», cuya finalidad es «garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este

sector, aunque no la estabilidad en el puesto de trabajo», para lo cual estatuye que cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria estará, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o nivel funcional, siempre que se acredite una antigüedad real mínima de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca. Esta subrogación procederá también cuando la antigüedad en la empresa y en el servicio coincida, aunque aquella sea inferior a siete meses, como cuando exista un cambio en la titularidad de las instalaciones donde se presta el servicio.

Este precepto en su apartado C.2) como obligación de la nueva empresa adjudicataria del servicio, establece literalmente lo siguiente:

«Deberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocidos en su anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que estos provengan de pactos o acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento, junto con la documentación pertinente, o que el trabajador pueda demostrar».

2. La cláusula PPTP es una condición de ejecución del contrato de carácter social cuya finalidad es garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores.

Desde 1988, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), actualmente, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), considera compatible con el Derecho comunitario una condición específica adicional del contrato que obligue a que en su ejecución se contrate a trabajadores en paro de larga duración siempre que «no incida de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros», y tal condición se mencione en el anuncio de licitación (Sentencia del TJCE, de 20 de septiembre de 1988, Asunto C-31/87, *Gebroeders Beentjes*). En esta sentencia se admitió como lícita la incorporación de aspectos sociales en la contratación pública sujeta al Derecho comunitario, aunque criterios de ese carácter no guardaran relación con los requisitos de capacidad, ni con los criterios de adjudicación contractual, ni tuvieran una relación directa con el objeto del contrato.

En la STJCE, de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*, se estimó compatible con el Derecho comunitario que los poderes adjudicadores

establecieran un criterio adicional de adjudicación contractual que considerara aspectos sociales concernientes a la lucha contra el desempleo, siempre que se mencionase expresamente en el anuncio de licitación y se respetasen «todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios».

En la STJCE, de 25 enero 2001, asunto C-172/99, *Oy Liikenne Ab*, se declaró que, conforme al art. 1.1 de la Directiva 1977/187/CEE, de 14 de febrero, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad [actualmente art. 1.a) de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad] que dicha Directiva 1977/187/CEE se aplica aunque no exista una relación contractual directa entre dos empresas a las que una persona jurídica de Derecho público haya concedido sucesivamente, al término de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios organizado de conformidad con la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

La Comunicación interpretativa de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001, «sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos», que sintetiza la doctrina al respecto del TJUE, afirma que son vinculantes para los poderes adjudicadores todas las normas nacionales vigentes en el ámbito social, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario, entre las cuales se incluyen, en particular, las disposiciones relativas a los derechos de los trabajadores y a las condiciones de trabajo. Según esta Comunicación, una vez adjudicado un contrato público es en su fase de ejecución cuando principalmente puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, estos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del contrato que sean compatibles con el Derecho comunitario. Estas condiciones de ejecución pueden consistir en medidas en favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo. La cláusula contractual que establece estas condiciones de ejecución es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato y que se refiere a la ejecución de este

último. En consecuencia, basta en principio con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir ese requisito en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado.

En esta Comunicación, con cita de la STJCE, de 25 enero 2001, asunto C-172/99, *Oy Liikenne Ab*, se reitera que la Directiva sobre el traspaso de empresas se aplica también cuando una adjudicataria sucede a otra en virtud de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos.

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su art. 26, intitulado «Condiciones de ejecución del contrato», disponía:

«Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que estas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental».

Esta Directiva ha sido derogada por la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a determinados procedimientos de contratación pública (cuyo plazo de transposición venció el 18 de abril del año en curso), y cuyo art. 70, al igual que el citado art. 26 de la anterior Directiva, habilita a los poderes adjudicadores para establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas a su objeto y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.

3. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de imponer la subrogación en el pliego de cláusulas de un contrato administrativo, lo que vincula al nuevo empresario, aunque no al trabajador, cuyo contrato laboral no se puede modificar por el pliego de un contrato en el que él no es parte.

Así, la STS, Sala de lo Social, de 4 de junio de 2013 (RJ 2013, 5357) (rec. 58/2012), en relación con la normativa contractual anterior, que es sustancialmente idéntica a la que aquí examinamos, declara que los criterios de valoración previstos

en el art. 134.1 de la Ley 30/2007 «(...) no resultan incompatibles, en contra de lo que alega el recurrente, con la inclusión en el pliego de condiciones de una cláusula que establezca la subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de la titularidad de la contrata, ya que la inclusión de dicha cláusula no constituye un "criterio de selección" sino que forma parte del pliego de cláusulas administrativas, tal y como establece el artículo 99 de la Ley "En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones de las partes del contrato" (...) A mayor abundamiento la propia norma contempla la posibilidad de que en los pliegos de condiciones se incluyan cláusulas de subrogación. En efecto, el art. 104 establece: "En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que efectúe la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicara tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este».

También vienen a admitir la posibilidad de que el pliego de condiciones establezca la obligación de subrogación la STS, Sala de lo Social, de 13 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7927) (rec. 1334/2012 ): «(...) la obligación de subrogación solo será exigible si surge de la norma convencional o la imponía, en su caso, el régimen de obtención de la contrata -como puede suceder con la imposición de tal condición en el pliego de condiciones por parte de la Administración-, en cuyo caso habrá de estarse a esa fuente para delimitar el alcance de la obligación de subrogarse».

La STS, Sala de lo Social, de 4 de abril de 2005 (RJ 2005, 5736) (rec. 2423/2003 ) señala que: «(...) la reiterada doctrina de esta Sala, contenida entre otras en las sentencias de 3 y 14 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7811), 1 de febrero (RJ 1999, 1141), 13 de octubre y 20 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 10033), 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4624), ha venido declarando que para que exista sucesión de empresas es necesario que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial. En otro caso, de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce porque la imponga el convenio colectivo estatutario que sea



de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión».

Igualmente la STS, Sala de lo Social, de 5 de abril de 1993 (RJ 1993, 2906) (rec. 702/1992 ), declara que: «(...) Y de aquí que cuando el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, los pliegos de condiciones puedan ocuparse -y generalmente lo hacen- sobre la asignación del personal de los adjudicatarios anteriores a los sucesivos, imponiendo la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo; lo cual es posible, no porque se deje a la discrecional voluntad del ente público la posibilidad de establecer o no la subrogación que se impone "*ope legis*"; sino porque, en tal caso, el pliego de condiciones lo que haría sería perfilar el objeto de la concesión y despejar, de antemano, cualquier duda que pudiera plantearse al respecto y, sobre todo, poner de manifiesto la asunción de la obligación de subrogarse, por parte de la empresa concesionaria, por la vía contractual que ofrece la Administración en su convocatoria».

4. Algunas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) han anulado cláusulas del pliego que imponían la subrogación por entender que esta solo se podía imponer si el correspondiente convenio colectivo la contemplaba. Estas resoluciones han sido anuladas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Por ejemplo, en su Sentencia de 25 marzo 2015 (RJCA 2015\588) se dice:

«SÉPTIMO.

Llegados a este punto conviene realizar, sin ánimo exhaustivo, una descripción sucinta de la doctrina elaborada en supuestos de sucesión de contratas, pues sólo desde la comprensión de dichas teorías es posible entender el error, que a juicio de la Sala, comete el TACRC.

En efecto, cuando se habla de subrogación en las relaciones laborales en las contratas es posible diferenciar, claramente, tres supuestos: la subrogación legal; la subrogación convencional y la subrogación contractual.

1.- La subrogación legal viene establecida en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y procede cuando se transmite 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". Por lo tanto, deberá analizarse en cada caso su como consecuencia de la sucesión en la contrata se produce dicha transmisión de medios. Teniendo en este punto enorme importancia la jurisprudencia fijada por el TJUE al interpretar la Directiva

23/2001/CE. En este sentido, en la STJUE de 18 de marzo de 1986 (24/85) se afirma que no siempre que se produce una sucesión de contratistas existe transmisión y por tanto obligación de subrogación en los derechos de los trabajadores, debiendo valorar el juez nacional si ha existido una sucesión de activos que permitan afirmar que existe transmisión de una empresa u organización con capacidad productiva. No obstante, conviene tener en cuenta que el TJUE ha matizado que en algunos casos, las empresas no requieren de un importante soporte patrimonial para su funcionamiento, teniendo, sin embargo, una gran relevancia la mano de obra, por lo que el criterio para determinar si ha existido o no sucesión vendrá determinado por la contratación de una parte importante de la mano de obra del antecesor - STJUE de 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998, 308) (C-127/96 ; C-229/96 y C-74/97)-.

Lógicamente la materia es más compleja, pero a efectos de este litigio lo que nos interesa destacar es que, en estos casos, la obligación de subrogación nace ex lege, por expresa imposición de la normativa de la Unión Europea y de la legislación española. Desde esta perspectiva se entiende que el informe 31/1999, de 30 de junio razone que la subrogación es cuestión que debe ser resuelta “de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”. Pues, en efecto, lo que determina la procedencia y corrección en la subrogación es la ley, no el pliego de cláusulas administrativas.

2.- La subrogación convencional se produce cuando la misma se establece por la vía de un convenio colectivo estatutario. Es decir, aunque no concurren los requisitos exigidos por la Directiva y la ley española es perfectamente legítimo que se establezca la subrogación por la vía de la negociación colectiva. Lo cual es frecuente que se produzca en determinados sectores: limpieza, vigilancia y seguridad, hostelería, etc. Pues bien, en estos casos la subrogación será exigible en los términos exigidos por el convenio colectivo y respecto de los sujetos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, pues conforme al art. 82.3 del ET los convenios colectivos estatutarios tienen eficacia erga omnes y, por lo tanto, obligan a “todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”.

Lógicamente, las condiciones en que deba producirse la subrogación no las fija el pliego de condiciones, sino el Convenio Colectivo aplicable que, recordemos, tiene garantizada “fuerza vinculante” por el art. 37.1 de la Constitución.

Se entiende ahora que en el dictamen 31/1999, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sostenga que la subrogación no dependa de lo establecido en el pliego, sino en “los respectivos convenios colectivos”.

Y que, en general, el informe 32/2002, de 23 de octubre, sostenga “la 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 procedan de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos”.

3.- Por último existe la denominada subrogación contractual. En estos casos no existe obligación legal o convencional, pero la obligación de subrogar nace del acuerdo entre las empresas que se suceden o, en nuestro caso, del pliego de condiciones de la contrata.

OCTAVO.

El tema es mucho más complejo, pero la anterior descripción nos permite analizar donde se encuentra nuestra discrepancia con el TACRC. En efecto, mientras que la subrogación legal y la convencional es obligatoria para las empresas y los trabajadores; cuando se trata de una subrogación convencional, el pacto entre la Administración y el nuevo contratista, no puede ser obligatorio para el trabajador. Pues como razona con acierto el informe de la Abogacía General del Estado de 29 de junio de 2005 este tipo de cláusulas “supone, de facto, el establecimiento de un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato”.

Dicho de otro modo, la subrogación convencional no puede ser obligatoria para los trabajadores, sino que es voluntaria y así se deriva del principio contenido en el art. 1205 del Código Civil. Y por esa razón, en el presente caso, con absoluta corrección, la cláusula no impone la subrogación, sino que exige la expresa voluntad del trabajador.

Ahora bien, una cosa es que conforme al correcto dictamen de la Abogacía del Estado no se pueda imponer la subrogación a los trabajadores y otra muy distinta -aquí se encuentra a nuestro juicio el error del TACRC- que no puedan establecerse en los pliegos de condiciones un pacto de subrogación condicionado a la aceptación de los trabajadores y en defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y en el empleo.

NOVENO.

Los motivos que el TACRC esgrime para declarar la nulidad de la cláusula, por lo expuesto no nos parecen correctos. Pues, por una parte, el hecho de que no exista convenio de aplicación y, por lo tanto, no proceda la subrogación convencional, no implica que no exista subrogación legal -no tenemos datos suficientes al efecto, pues dependen de cada caso concreto- y, además, tampoco implica que no pueda existir subrogación contractual. Ahora bien, centrándonos en esta última, lo razonado no debe ser óbice para que nos planteemos si más allá de esta argumentación la inclusión de este tipo de cláusulas es o no contraria al ordenamiento jurídico.

En nuestra opinión el establecimiento de dichas cláusulas, siempre condicionadas a la previa aceptación por el trabajador afectado, es legítima por las siguientes razones:

1.- Por estar amparada en el principio de libertad de pactos contenido en el art 25 LCSP. Conforme al cual "en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración".

2.- Por tener, asimismo amparo en lo establecido en el art. 120 LCSP a cuyo tenor: "En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, 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. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste".

Repárese en que la norma habla, literalmente, "de aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales". Término que, sin duda alguna, ampara los tres tipos de subrogación y no excluye a la subrogación convencional.

Pues como se razona en la STS (Soc) de 5 de abril de 1993 (Rec 207/1992) cuando "el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, los pliegos de condiciones puedan ocuparse -y generalmente lo hacen- sobre la asignación del personal de los adjudicatarios anteriores a los sucesivos, imponiendo la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo; lo cual es posible, no porque se deje a la discrecional voluntad del ente público la posibilidad de establecer o no la subrogación que se impone "ope legis"; sino porque, en tal caso, el pliego de condiciones lo que haría sería perfilar el objeto de la concesión y despejar, de antemano, cualquier duda que pudiera plantearse al respecto y, sobre todo, poner de manifiesto la asunción de la obligación de subrogarse".

3.- Por ser esta también la línea en la que se mueve nuestra jurisprudencia. Así, la STS (Soc) de 4 de abril de 2005 (Rec. 2423/2003) sostiene que la sucesión sólo se produce cuando al anterior empresario "le suceda otro en la explotación de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma", lo que exige "que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial". Fuera de tales casos, "la sucesión únicamente se produce por que la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión". Es decir, que según esta sentencia es posible que el pliego de condiciones -con determinadas restricciones- establezca la obligatoriedad en la subrogación. O la más reciente STS (Soc) de 13 de noviembre de 2013 (Rec. 1334/2012) en la que se razona que fuera de los supuestos de

subrogación ex lege, "solo será exigible si surge de la norma convencional o la imponía, en su caso, el régimen de obtención de la contrata -como puede suceder con la imposición de tal condición en el pliego de condiciones por parte de la Administración-, en cuyo caso habrá de estarse a esa fuente para delimitar el alcance de la obligación de subrogarse".

4.- Por último, no consideramos que el establecimiento de este tipo de cláusula, tal y como se ha configurado en el presente supuesto, suponga una discriminación contraria a la competencia. Si lo fue, tal y como se configuró en los pliegos anteriores en los que por asumir la subrogación se concedían 15 puntos, lo que claramente, en unión de otros datos y como hemos razonado así lo entendió el Tribunal Supremo, favorecía claramente al contratista saliente o anterior adjudicatario.

Pero no lo es en el caso de autos, pues tal dato no es factor determinante de la adjudicación, sino cláusula social, cuya eficacia no se impone necesariamente sino que queda condicionada a la voluntad del trabajador y que pretende la defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y, por tanto, tiene un claro objetivo de defensa de un interés público y que se aplica por igual a todas las empresas del ramo».

## IV

1. Las anteriores consideraciones han sido necesarias para establecer el contexto en que se ha de resolver la cuestión interpretativa que se nos ha planteado. Por lo expuesto, resulta que debe distinguirse entre criterio de adjudicación y «condición de ejecución» del contrato que consiste en una actuación que obligatoriamente debe desarrollar la empresa adjudicataria y que establece ya de antemano el órgano de contratación como constitutiva de la prestación o actividad objeto del contrato. Esa condición de ejecución podrá tener una significación social y se regula en el art. 118 TRLCSP, en coherencia con los arts. 26 de la derogada Directiva 2004/18/CE y 70 de la vigente Directiva 2014/24/UE.

El art. 118 TRLCSP establece:

«1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar

el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212. 1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60. 2.e)».

Entre esas condiciones especiales de ejecución del contrato se incluye naturalmente la subrogación de la nueva adjudicataria en las contratos de trabajo, la cual es una medida de tipo social para fomentar la estabilidad en el empleo y combatir el paro. Los contratos administrativos y sus pliegos pueden imponer al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, con la condición de que se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego (art. 118.1 TRLCSP) y de que se facilite a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo a subrogar que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida (art. 120 TRLCSP).

Este Texto Refundido no limita esta facultad de la Administración a que esté recogida en convenios colectivos o en contratos de trabajo individuales. El art. 120 TRLCSP dice simplemente que el contrato la puede imponer. El art. 118.1 TRLCSP la habilita a establecerla siempre que persiga las finalidades que define. Esa subrogación para el adjudicatario es siempre en calidad de parte empleadora en determinados contratos de trabajo individuales, como resulta de que el art. 120 TRLCSP exija que a los licitadores se les suministre la información «sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores».

2. La cláusula 7 PPTP establece que atendiendo al art. 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad, la nueva empresa adjudicataria estará obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo. Esta subrogación, según dicha cláusula, se ha de operar, pues, conforme a lo que establece el citado art. 14 del citado convenio colectivo estatal. Este precepto impone que la nueva contratista respete todos los derechos laborales que el trabajador que tuviese reconocidos en su anterior empresa, incluida la antigüedad. Por la remisión de la cláusula 7 PPTP al art. 14 del convenio, la condición de

ejecución de carácter social de dicha cláusula estriba en que el contratista no puede modificar *in peius* los derechos que hasta el momento de la subrogación tuvieron reconocidos los trabajadores, ni siquiera aunque estuviera habilitado legalmente para ello mediante decisión unilateral. Tampoco mediante la aplicación de un convenio colectivo de su empresa. Se ha obligado contractualmente a respetar esas concretas e individualizadas condiciones laborales de esos determinados trabajadores. Esto no significa que la Administración se inmiscuya en las relaciones laborales entre la contratista y sus empleados. La contratista puede acordar el convenio de empresa que considere y este será de aplicación a todos sus trabajadores; pero, si en una comparación (conforme al art. 3.3 ET, de conjunto y en cómputo anual respecto a los conceptos cuantificables) entre ese convenio y los derechos laborales reconocidos con anterioridad de los trabajadores subrogados, estos resultan más favorables, entonces serán los que se aplicarán porque la contratista se ha comprometido contractualmente a respetarlos.

## C O N C L U S I O N E S

1. La empresa contratista, en virtud de la remisión de la cláusula 7 PPTP al art. 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad está obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, y a respetarles todos los derechos laborales que tuvieron reconocidos en su anterior empresa, en cuanto a sus condiciones retributivas, antigüedad y jornada laboral.
2. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.