

Competencia de la jurisdicción para conocer de la pretensión de incluir en los pliegos de condiciones de un contrato administrativo de prestación de servicios una cláusula que imponga la subrogación de los trabajadores de empresas de servicios en caso de cambio de titularidad de las contrata.

STS-SOC núm. 880/2019, de 19 de diciembre.

Carlos Hugo Preciado Domènech

Magistrado de la jurisdicción social. Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.

Resumen: *El TS rectifica su anterior doctrina y declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la pretensión formulada en conflicto colectivo de que se declare la obligación de la CRTVE de incluir, en los pliegos de condiciones para la prestación de servicios en la Corporación, de una cláusula que imponga la subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad de la contrata.*

Palabras clave: *Jurisdicción. Cláusulas de subrogación en contratos administrativos.*

Abstract: *The TS rectifies its previous doctrine and declares the competence of the social jurisdiction to know the claim made in collective conflict that the obligation of the CRTVE to include, in the specifications for the provision of services in the Corporation, of a clause that imposes the subrogation of the workers of the service companies in the case of change of ownership of the contract.*

Keywords: *Jurisdiction. Subrogation clauses in administrative contracts.*

I. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sala IV del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 880/2019, de 19 de diciembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de Casación núm. 125/2018.

ECLI:ES:TS:2019:4338.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: carece.

II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

Se plantea un problema de competencia de la jurisdicción social, en concreto de si le corresponde conocer de una pretensión formulada en proceso de conflicto colectivo, consistente en que " declare la obligación de la CRTVE de incluir, en los pliegos de condiciones para la prestación de servicios en la Corporación, de una cláusula que imponga la subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad de la contrata", teniendo en cuenta que el 12 de julio de 2006, se suscribió por la representación de la Sociedad Española de Participaciones Industriales (SEPI), y por Radiotelevisión Española (RTVE) de un lado, y por los sindicatos Unión General de Trabajadores (UGT); Comisiones Obreras (CC.OO.); Unión Sindical Obrera (USO) y Asociación Profesional Libre e Independiente (APLI) en representación de los trabajadores, el Acuerdo para la Constitución para la Constitución de la Corporación RTVE, en cuyo apartado 5 (se dice " *La Corporación se compromete a incluir, como criterio de selección en los concursos públicos o peticiones públicas de ofertas que en el futuro puedan convocarse para la prestación de servicios en la Corporación, la equiparación de condiciones laborales entre los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas y el personal de la Corporación en las mismas categorías o que desarrollen funciones similares.*

Igualmente, la nueva Corporación se compromete a incluir en el pliego de condiciones de los concursos públicos o peticiones públicas de ofertas que en el futuro puedan convocarse para la prestación de servicios en la Corporación, la subrogación de trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad de la contrata.

A todos los efectos anteriores, la representación sindical de la Corporación emitirá informe preceptivo sobre las mismas que opten a la adjudicación de concursos. Dicho informe se remitirá al órgano de contratación de la nueva corporación y al Consejo de Administración, para lo cual dispondrá de la información y documentación necesaria."

En suma, se trata de determinar si la jurisdicción social es competente para condenar a la Administración Pública a incorporar a los contratos administrativos cláusulas de subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios para el caso de cambio de titularidad de las contrata, cuando dicha obligación nace de un Convenio o Acuerdo colectivo suscrito entre la Administración y los Sindicatos.

2. Antecedentes

La Sala IV del TS se había pronunciado en diversas ocasiones sobre el mismo Acuerdo de 12 de julio de 2006 en:

- STS 23 abril 2012, RC 77/2011
- STS 4 junio 2013, RC 58/2012

En estas resoluciones el criterio mantenido por la Sala IV en torno al problema de la jurisdicción competente, puede decirse que es el siguiente:

- Si la pretensión de la actora consiste en que se declare la obligación de la demandada de incluir en el pliego de condiciones una cláusula de subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios, en el caso de cambio de titularidad de las contrata, dicha cuestión no es competencia de este orden social de la jurisdicción, ya que el contrato no es de naturaleza laboral, sino que es competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

- Si la pretensión es que se declare contraria a derecho la decisión de la demandada de no incluir en un determinado pliego de condiciones la cláusula de subrogación de los trabajadores afectados por la licitación de la nueva adjudicataria del servicio, ya que así se obligó en el Acuerdo de 12 de julio de 2006, la jurisdicción social es competente para conocer de dicha cuestión. La razón es que el Acuerdo de

12 de Julio de 2006 resulta asimilable a un convenio colectivo y deriva de una relación jurídica nacida "entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo" (art. 2.a/ de la LRJS) que "por más que este orden jurisdiccional no resultara competente para determinar cuál había de ser el contenido del pliego de condiciones de un contrato que no es de naturaleza laboral, sí lo es, en cambio, para entender acerca de si estuvo o no ajustada a derecho la decisión empresarial en el sentido de no incluir en dicho pliego de condiciones lo pactado en un Acuerdo con análoga naturaleza a un convenio colectivo" (STS de 14 de septiembre de 2015 , RC 191/2014).

III. Posición de las partes

La sentencia recurrida en casación (SAN 16 abril 2018, Procedimiento nº 23/2018) estima la excepción de incompetencia del Orden Jurisdiccional Social.

La parte recurrente, FeSMC -UGT denuncia la infracción de las normas reguladoras del ámbito de la jurisdicción social y de la competencia funcional (arts.2 y 8 LRJS), al considerar que la jurisdicción social tiene competencia para conocer el asunto.

La Abogacía del Estado, en defensa de CRTVE SA, plantea como causas de inadmisibilidad del recurso, que el mismo reitera los mismos planteamientos que los defendidos en la instancia y que se formula al amparo de la letra e) del art.207, en lugar de la letra a) del mismo precepto. Ambas causas son desestimadas, por no estar previstas como causas de inadmisión del recurso de casación.

IV. Normativa aplicable al caso

Resultan de aplicación al caso los arts. 2a) y 9 de la LRJS. No resulta de aplicación el artículo 21 del RD 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , derogado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre , de Contratos del Sector Público, que establece la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en las cuestiones que enumera, entre las que figura la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada; ya que el asunto sometido a la consideración de la Sala no versa sobre cuestiones relativas a la preparación de los contratos administrativos, sino sobre la obligatoriedad de que CRTVE incluya en el pliego de condiciones el apartado segundo del punto quinto del Acuerdo suscrito entre representantes empresariales y sindicales el 12 de julio de 2006, que es asimilable a un convenio colectivo, tal y como ha establecido la sentencia de esta Sala de 14 de septiembre de 2015 (recurso de casación 191/2014).

En la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la jurisdicción competente se regula en su art.27.1, que atribuye competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las siguientes cuestiones:

a) Las relativas a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos.

b) Las que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas.

Adicionalmente, respecto de los contratos referidos en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo 25 de la presente Ley que estén sujetos a regulación armonizada, las impugnaciones de las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 04 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

c) Las referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales, cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, cuando se entienda que

dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública.

d) Las relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

e) Los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos administrativos de resolución de los recursos previstos en el artículo 44 de esta Ley, así como en el artículo 321.5.

f) Las cuestiones que se susciten en relación con la preparación, adjudicación y modificación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley.

V. Doctrina básica

Antes de la sentencia objeto de comentario, lo que quedaba fuera de la competencia del orden jurisdiccional social era la pretensión de que se declare la obligación de la demandada de incluir en el pliego de condiciones una cláusula de subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios, en el caso de cambio de titularidad de las contratadas; ya que el contrato no es de naturaleza laboral, sino que es competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Sin embargo, con la rectificación de doctrina que contempla la sentencia que comentamos supone que ahora la jurisdicción social también es competente para conocer del conflicto en que se interesa que se declare la obligación de la demandada de incluir en el pliego de condiciones una cláusula de subrogación de los trabajadores.

VI. Parte dispositiva

El fallo de la sentencia comentada estima el recurso de casación, casa y anula la sentencia recurrida declarando la nulidad de lo actuado desde que se dictó la citada sentencia, acordando la reposición de los autos a dicho momento procesal, a fin de que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, con absoluta libertad de criterio, partiendo de la competencia de la misma para conocer de la cuestión planteada, resuelva la demanda formulada.

VII. Pasajes decisivos

El apartado de la fundamentación jurídica en que se fragua el cambio doctrinal que estamos comentando se ubica en el fundamento jurídico 6, párrafo 3, que dice:

" 3.- Un nuevo examen de la cuestión planteada ha llevado a la Sala a concluir que la jurisdicción social es competente, no solo para conocer del conflicto planteado, cuyo objeto es que se declare que no es ajustada a derecho la decisión de la demandada de no incluir en un determinado pliego de condiciones la cláusula de subrogación de los trabajadores afectados por la licitación de la nueva adjudicataria del servicio, sino también para conocer del conflicto en que se interesa que se declare la obligación de la demandada de incluir en el pliego de condiciones una cláusula de subrogación de los trabajadores.

En efecto, no se aprecian elementos relevantes que conduzcan a otorgar distinto tratamiento a uno y otro conflicto en orden a la competencia para conocer del mismo - competencia del orden social si se interesa que en un determinado expediente se incluya la cláusula de la subrogación forzosa, falta de competencia del orden social si se reclama la obligación de CRTVE de incorporar en los expedientes de contratación la citada cláusula -.

Los mismos argumentos utilizados para declarar la competencia del orden social para conocer del conflicto en el que se interesa que se declare que la decisión de la demandada de no incluir en un determinado pliego de condiciones la cláusula de subrogación de los trabajadores afectados por la licitación de la nueva adjudicataria

del servicio han de ser aplicados para resolver la competencia de este orden social para conocer del conflicto en que se interesa que se declare la obligación de la demandada de incluir en el pliego de condiciones una cláusula de subrogación de los trabajadores afectados por la licitación.

Tal y como razona la sentencia de esta Sala de 14 de septiembre de 2015 , casación 191/2014: "a) que al haber sido suscrito entre representantes empresariales y sindicales para la Constitución de la Corporación RTVE, el Acuerdo de 12 de Julio de 2006 resulta asimilable a un convenio colectivo y deriva de una relación jurídica nacida "entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo" (art. 2.a/ de la LPL)."

En el Suplico de la demanda se interesa, en definitiva, que se incluya en el contenido del pliego de condiciones, que CRTVE oferte para la prestación de servicios en la Corporación, una cláusula que imponga la subrogación forzosa de la nueva contratista en los contratos de los trabajadores, en cumplimiento del apartado quinto del Acuerdo de 12 de julio de 2006, suscrito por las centrales sindicales y la empresa, Acuerdo asimilable a un convenio colectivo y que deriva de una relación jurídica nacida entre empresarios y trabajadores, competencia, por lo tanto, del orden social, a tenor del artículo 2 a) de la LRJS.

Tal conclusión no vulnera lo dispuesto en el artículo 21 del RD 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, derogado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre , de Contratos del Sector Público, que establece la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en las cuestiones que enumera, ya que el asunto sometido a la consideración de la Sala no versa sobre cuestiones relativas a la preparación de los contratos administrativos, sino sobre la obligatoriedad de que CRTVE incluya en el pliego de condiciones el apartado segundo del punto quinto del Acuerdo suscrito entre representantes empresariales y sindicales el 12 de julio de 2006, que es asimilable a un convenio colectivo, tal y como ha establecido la sentencia de esta Sala de 14 de septiembre de 2015 , casación 191/2014.

VIII. Comentario

La sentencia comentada tiene una notoria importancia en materia de promoción de la estabilidad del empleo en el Sector público, a través de la introducción de cláusulas sociales de subrogación en los pliegos de condiciones de los contratos del Sector Público. Se atribuye a la jurisdicción social el conocimiento sobre las pretensiones de condena a las Administraciones Públicas a incluir en sus pliegos de condiciones contractuales con empresas del sector privado cláusulas de subrogación en caso de cambio de contrata, cuando exista un convenio colectivo o Acuerdo que sea soporte de dicha obligación de naturaleza laboral.

Ello puede suponer un notorio avance en la evitación del dumping laboral en el Sector público a través de la competencia a la baja en condiciones laborales de los trabajadores/as de las contratistas.

La última cuestión que interesa destacar de la regulación de los pliegos y cláusulas administrativas de prescripciones que hace la LCSP es la relativa a la información sobre condiciones de subrogación en contratos de trabajo.

Tal cuestión viene ampliamente desarrollada en el **art.130 LCSP**, que se corresponde en el **art.120 del derogado RDL 3/11**, cuya extensión y pretensiones eran mucho más modestas.

En nuevo precepto regula de forma mucho más ambiciosa la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo y parece consolidar la opinión doctrinal contraria a la "subrogación *ex pliegos*", que venía aquilatando la doctrina contencioso-administrativa con anterioridad.

En este sentido, como primera cuestión a subrayar, el **deber información de la Administración se limita** a los supuestos en que **norma legal (ej.art.44 ET), convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general**, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en las relaciones laborales. En este punto, respecto de las normas convencionales, conviene no olvidar que, aunque la LCSP no lo diga, **el convenio colectivo o acuerdo de eficacia general que imponga la subrogación ha de ser, lógica y forzosamente, superior al ámbito de empresa**. En este sentido, la STS 28 octubre 1996 "*el convenio colectivo que imponga la subrogación tiene que ser sectorial y no puede ser un convenio colectivo de empresa*". Ello es del todo lógico, puesto que un convenio de empresa no vincula a empresas distintas de la firmante.

En contraste con la nueva LCSP, en el antiguo art.120 RDL 3/11, parecía que se contemplaba la conocida por la doctrina como "subrogación *ex pliegos*", es decir, cuando era el propio contrato administrativo el que imponía dicha subrogación.

Sin embargo, **dichas cláusulas fueron polémicas bajo el régimen del RDL 3/11, puesto que la Sala III no las aceptó**. Así, en la SSTS (III) 25 de enero de 2013 (Rec 2460/2011), 2 de febrero de 2015 (Rec. 3365/2011), 17 de marzo de 2015 (Rec 1009/2014) o 23 de enero de 2017 (Rec.1874/2015), la Sala III resolvió que en contratos de concesión de transporte público era inválido el criterio de adjudicación relativo al compromiso de subrogación de los trabajadores de la contratista saliente, al que se asignaba 15 puntos, por considerarlo desproporcionado, con el siguiente razonamiento:

"La circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario en el caso de que no logre la adjudicación no significa que su cumplimiento deba ser objeto de la atribución de los quince puntos que le asigna el pliego. De nuevo, debe tenerse presente que el pronunciamiento de la Sala de Madrid descansa en el juego del conjunto de puntuaciones previsto por el pliego, caracterizado por el insuficiente peso de las tarifas y expediciones, la asignación a este componente de la oferta --el mantenimiento o la absorción de los trabajadores-- de la misma valoración en puntos (quince como máximo) que la de aquéllas y la preferencia del anterior concesionario. Y en el dato de que dichos mantenimiento o absorción, son, como dice la sentencia, una obligación en determinados casos. Por eso, no está fuera de lugar su observación sobre la indeterminación del pliego. Ahora bien, lo decisivo en el juicio de la Sala de Madrid a este respecto es la desproporción con la que ve tratado este concepto."

Algunos tribunales administrativos habían ido más lejos, (ATACP Madrid de 14 de julio de 2017), concluyendo que la subrogación *ex pliegos* resultaría contraria a lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos, y que por tanto no podía ser origen de una mayor puntuación.

Así mismo, **la doctrina social**, entre otras SSTS 29 febrero 2000 (RCUD 4949/1998), 25 junio 2003 (Rec. 4913/2000) y 12 de diciembre de 2007 (RCUD 3994/2006) en los diversos procesos de Iberia LAE, SA, Eurohandling o Ineuropa Handling, concluyó que en dichos supuestos **no existe sucesión sino novación contractual**, que necesita el consentimiento de los trabajadores afectados, por lo que, se trataba de un supuesto distinto de la sucesión contractual vía art.44 ET o vía subrogación convencional.

Partiendo de cuanto antecede, la **nueva LCSP, parece suprimir la posibilidad de la subrogación *ex pliegos***, haciéndose eco de la doctrina anterior y estableciendo el deber de información sobre las condiciones de subrogación sólo y exclusivamente "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". La diferencia con el redactado del anterior art.120 RDL 3/11, es obvia, pues el mismo decía "*En aquellos*

contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales..."

Por tanto, en una primera conclusión, **ahora la obligación de subrogación no puede ser "ex pliegos", sino que ha de encontrar una fuente legal o convencional que justifique su inclusión en los pliegos de contratación.**

IX. Apunte final

En el contexto de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, donde se destierra la "subrogación ex pliegos", la sentencia comentada reviste una importancia clave a la hora de agilizar las reclamaciones contra el Sector Público para que cumpla con los Convenios Colectivos de Sector o Acuerdos colectivos que garanticen la subrogación en las sucesiones de contratos de servicios (limpieza, seguridad, etc.). Ello redundará, sin duda alguna, en una mejora de la calidad en la prestación de los servicios contratados por la Administración, que no podrán competir a base de devaluar las condiciones laborales de la plantilla. Por otro lado, supone un espaldarazo a la necesidad de luchar contra la precariedad laboral garantizando la estabilidad del empleo en un Sector de la importancia económica que tiene el Sector Público.