

JORNADAS ALEL

II Encuentro de titulares
de asesorías jurídicas locales

La subrogación de personal en los contratos
públicos locales



Jueves, 2 de marzo
12:00 - 14:00



Iñaki Bilbao Castro
*Letrado del Ayuntamiento
de Santiago de Compostela*

Organizan:



Impulsa:



JORNADAS **ALEL**

II Encuentro de titulares de asesorías jurídicas locales

La subrogación de personal en los contratos públicos locales

Iñaki Bilbao Castro



Organiza:



Impulsa:



I. Convenio sectorial o de empresa

- Arts. 42.6 y 84.2 TRET VS arts. 101.2.3º, 102.3.2º, 122.2, 149.4.5º y 202.2 LCSP.
- No cabe un “espiguelo” normativo (STS 27.06.2011, Rec. 205/2010).
- Prioridad del convenio sectorial, pero sólo en lo referido a cuestiones salariales:
 - a. LCSP es norma especial y posterior.
 - b. Los términos imperativos de los artículos citados.
 - c. Resolución TACRC 1090/2019, STSJ Castilla-León 1081/2020 (Rec. 669/2019).
- Excepción: contractualización (¿vigente? después de RD-Ley 32/2021) y doctrina “Scattolon” (STJUE 06/09/2011, C-108/10 y STS 21/01/2020, Rec. 180/2018).
- **El PCAP identificará el convenio sectorial de aplicación atendiendo al objeto del contrato.**

II. Subrogación legal o convencional

- Descartada la subrogación “contractual” como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución “propia”.
- Premisas cláusula subrogatoria del CC:
 - a. La AP nunca está incluida en el ámbito de aplicación del CC (STS 13/10/2020, Rec. 2126/2018). Sobre la recuperación de servicios:
 - i. STS de 28 de enero de 2022 (Rec. 4463/2019) rechaza la existencia de traspaso cuando el ayuntamiento decide prestarlo con su propio personal.
 - ii. STS de 30 de marzo de 2022 (Rec. 104/2020) rechaza el traspaso en un supuesto de reversión de equipamiento público, donde la actividad estuvo paralizada casi un año.
 - iii. STS de 20 de diciembre de 2022 (Rec. 167/2022) entiende que la continuidad en la actividad –es decir, la mera sucesión en la contrata sin traspaso de activos ni plantilla– no es causa suficiente para aplicar el art. 44 ET.
 - b. Criterio de la “**actividad preponderante**”, conflictivo para empresas con varios CC aplicables o multiservicios (conflicto con art. 42.6 TRET).
- **Efectividad cláusula en actividad materializada:** subrogación aún sin transmisión de activos si concurren requisitos STJUE de 27/02/2020 (C-298/18), caso “Grafe e Pohle” (criterio de la identidad de la actividad).
- **Efectividad cláusula en actividad desmaterializada:** la sucesión de personal prevista en el convenio colectivo está sometida al contenido del artículo 44 del TRET (caso “Somoza Hermo”). Si no está en CC, subrogación por decisión unilateral o dejadez del nuevo concesionario.

III. Aplicación retroactiva de la cláusula subrogatoria

- Supuesto: iniciado el procedimiento de contratación, entra en vigor un CC o se modifica el existente, con incorporación de esta cláusula.
- Resolución TACRC 1823/2021: no hay efecto retroactivo porque ni anterior contratista ni licitadores comunicaron el hecho a la Administración; y porque los efectos del CC son a partir de su publicación, admitiéndose la retroactividad sólo si expresamente lo contemplan las partes negociadoras (STS 29,11,2005).
- STSJ Baleares 65/2023, de 31 de enero (Rec. 182/2019): el contrato se firmó después de la firma del nuevo convenio, cuya existencia la adjudicataria no podía desconocer. **“Por lo tanto no estamos ante una circunstancia de riesgo imprevisto”**.

IV. Efectivos a subrogar y costes salariales

- La doctrina “Somoza Hermo” (asunción de la totalidad del personal) no es preceptiva: **será el PPT el que determine el personal necesario para la ejecución de la prestación**, sin estar vinculado ni por lo dispuesto en anteriores pliegos del mismo servicio, ni por la existencia de una obligación de subrogación de todo el cuadro contratado por el adjudicatario cesante, ni por las mejoras que este hubiese hecho (Resoluciones TACRC 1593/2021 y 1260/2022).
- Costes: según CC sectorial, excepto contractualización, Las hipotéticas mejoras futuras son irrelevantes: Resolución 032/2022 del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

“el Comité de Empresa no puede pretender que el PBL se calcule teniendo en cuenta el supuesto contenido de hipotéticos convenios colectivos futuros porque ello iría en contra del principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP), que impide garantizar al contratista una rentabilidad mínima o proporcionarle una cobertura frente a cualquier evento perjudicial”
- La Administración no puede decidir quien sigue y quien no (RTACRC 1044/2021).
- La desagregación por género no es necesaria si expresamente se señala que el CC no establece diferenciación por sexo.
- RTACRC 699/2020: los pliegos deberán incluir la información sobre formación y experiencia del personal susceptible de subrogación, en el supuesto de que estos aspectos sean objeto de valoración para la adjudicación del contrato.

V. Verificación y desistimiento

- El órgano de contratación debe verificar la veracidad y suficiencia de la información recibida del contratista saliente.
- **En caso de duda sobre la procedencia o no de la subrogación, deberá exigirse la información a la contratista saliente** (Resolución TARCJA 41/2023, de 23 de enero).
- En caso de omisión o inexactitud de la información, la AP podrá desistir: art. 152,4 LCSP: concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación (Resolución TACRC 1293/2020).
- Si existen deudas salariales no comunicadas antes de formalizar el contrato, el adjudicatario dispondrá de causa justificada para no firmar (Sentencia del TSJ de Madrid, de 07 de diciembre de 2021), sin que le sea de aplicación el artículo 153.4 de la LCSP (imposición de penalidades e inicio de expediente de prohibición de contratación).
- La finalidad de las previsiones contenidas en el artículo 130 de la LCSP no es la salvaguarda de los derechos de los trabajadores, sino la del principio de igualdad de trato y no discriminación entre las operadoras económicas que pretendan concurrir a la adjudicación del contrato; por lo que **los sindicatos no podrán impugnar** (falta de legitimación activa) **el pliego si consideran que la relación no incluye a todos los trabajadores a subrogar** (Resolución 324/2022, de 23 de diciembre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias).

VI. Mejora salarial como criterio de adjudicación

- Amparo de “cláusula social” para grupos vulnerables en situación o riesgo de exclusión social, o categorías de población especialmente desfavorecidas.
- Art. 145 LCSP exige en criterios sociales (RTACRC 858/2020):
 - a. vinculados al objeto del contrato.
 - b. no discriminatorio.
 - c. garantizar la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia competitiva.
 - d. **consecuencia**: alteración del sistema de fuentes del Derecho laboral.
- No es suficiente el argumento “a mejor salario mejor calidad de la prestación”. Hay que acreditar:
 - a. Que el criterio y su justificación permitan valorar las ofertas en términos de rendimiento y afectación significativa a la ejecución del contrato.
 - b) Que quede suficientemente acreditada la vinculación del criterio con el objeto del contrato.
 - c) Que quede acreditado que la mejora salarial se traducirá en una mejora en la relación calidad-precio.
 - d) Que la admisión del criterio no sea contraproducente, al fomentar la presentación de ofertas más caras y menos beneficiosas para la Administración.

VII. Conclusión: si procede la subrogación...

- i. Será el PCAP el que identifique el convenio colectivo sectorial de aplicación, atendiendo al objeto del contrato, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 100.2 LCSP.
- ii. La previsión de subrogación de personal deberá, en su caso, incorporarse al PCAP como “obligación esencial” y como “condición especial de ejecución”. Estamos ante condiciones de obligado cumplimiento para cualquiera que sea el adjudicatario, y no ante un criterio que incide en la valoración de las ofertas.
- iii. El cálculo de las personas a subrogar para la prestación de los servicios objeto del contrato no vendrá determinada por el número de efectivos adscritos al contrato anterior, sino por los requisitos de la prestación establecidos en el PPT.
- iv. Deberá incorporarse al PCAP, sobre ofertas anormalmente bajas, la previsión de que la oferta económica deba garantizar la cobertura de los gastos salariales derivados de la subrogación del personal, en los términos que prevea el propio PCAP.

JORNADAS **ALEL**

II Encuentro de titulares de asesorías jurídicas locales

GRACIAS
POR TU ATENCIÓN

Organiza:



Impulsa:

LA LEY