



Expediente 12/19

Materia: Subrogación de trabajadores.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Villaquilambre ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“El Ayuntamiento de Villaquilambre en la actualidad tiene un contrato de servicios con objeto de la limpieza de los edificios públicos; el contratista ha manifestado la intención de no continuar con el servicio, y la Administración está barajando la posibilidad de crear un organismo público que se encargue de prestar no sólo este servicio sino también la limpieza viaria y recogida de basuras; ante la imposibilidad actual de poder crear un organismo (al disponer aún de un plan de estabilidad presupuestaria vigente), se ha valorado por la Corporación la posibilidad de subrogarse en el personal de la empresa, para en un futuro ceder el mismo al organismo autónomo que se cree o, en su caso, contratar el servicio, si esta fórmula resultara más eficiente.

Las cuestiones que se plantean son:

1. Una vez que el Ayuntamiento asuma el personal -y se subroge en sus relaciones laborales- ¿puede con posterioridad obligar a subrogarse en dicho personal al nuevo organismo o entidad que se cree por el Ayuntamiento a dicho fin, por aplicación del artículo 130 de la LCSP, o se encuentra excluida su aplicación, al ser relaciones laborales, según el artículo 11 de dicha norma?



2. En aras a confirmar el cumplimiento de los requisitos del artículo 130 de la LCSP ¿se podría confirmar por dicho órgano consultivo si esta administración está vinculada al Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales aprobado por Resolución de 8 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, máxime atendiendo a los aspectos temporales y de vigencia del mismo?

3. ¿Puede la Administración a la extinción del contrato de servicio de limpieza de interiores, y una vez subrogado al personal (en aplicación el artículo 130 de la LCSP) consolidar las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante o de la nueva entidad, a través de los pertinentes procesos selectivos ajustados a la normativa de acceso al personal al servicio de la administración pública, en contra de lo preceptuado en el artículo 308 de la LCSP?

4. Si fuera obligada la subrogación en el personal de la empresa que hasta ahora prestaba el servicio, por aplicación del artículo 130 de la LCSP, surgen las siguientes cuestiones:

4.1.- La STC 122/2018, de 31 de octubre de 2018 que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 4710-2017 declaró inconstitucional la disposición adicional vigésima sexta, apartado primero a) y b) de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017, en particular lo establecido «Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público», tiene el siguiente tenor:



«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...».

Por tanto, ¿Cuál sería el régimen laboral aplicable al personal que subroga el Ayuntamiento por mor del artículo 130 de la LCSP (si ha sido declarado



inconstitucional el precepto que remitía a la regulación laboral-sucesión de empresa-)?

Al hilo de esta cuestión también se considera necesario que se dé el parecer del órgano consultivo sobre ¿Qué tipo de relación laboral tendría el personal subrogado con este Ayuntamiento (toda vez que la relación laboral indefinida o temporal que puede tener el personal de la empresa -por aplicación de tipología contractual del ET- no encajaría en ninguna de las relaciones jurídicas que puede tener una administración con el personal: funcionarial o laboral, indefinida fija, indefinida no fija o temporal —definida en el Estatuto Básico del Empleado Público-?; si se indica que el nuevo personal tiene una relación laboral indefinida no fija ¿Cómo puede declararse la misma si requiere sentencia judicial firme?; si se estableciera que la relación laboral es indefinida según ET y a extinguir cuando se cubran los puestos por los medios de selección fijados en el EBEP ¿qué régimen se aplicaría a la contratación de la sustitución de dichos trabajadores por enfermedad o vacaciones?

4.2 .-La STC 122/2018, de 31 de octubre de 2018 que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 4710-2017 declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017 en relación a la «Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral» (recordar que la disposición indicaba: «Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda



dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Asimismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial».

Sin perjuicio de esta declaración del TC, la vigente Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 no elimina dicha norma y la mantiene:

Disposición adicional cuadragésima tercera. Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.

(...) Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Asimismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.



En base a esta situación ¿se entiende que el órgano o personal del Ayuntamiento que acuerde o informe a favor de la subrogación incurriría en la responsabilidad indicada de aplicar el artículo 130 de la LCSP?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ayuntamiento de Villaquilambre se dirige a esta Junta Consultiva formulando diversas cuestiones en relación con una futura subrogación voluntaria por parte de la Administración local de ciertos trabajadores de una contratista de la Administración y sobre cuál sería su situación laboral en el marco de la gestión directa del servicio acordada por la Corporación.

2. Lo primero que hay que recordar es que la Junta Consultiva sólo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de 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 adelante LCSP), desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En virtud de estas normas, los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con otros ámbitos, como el laboral, y en relación con casos concretos, cuya competencia corresponde a los servicios jurídicos de la entidad contratante.



3. Las cuestiones que plantea el Ayuntamiento de Villaquilambre se deben analizar partiendo de lo regulado en el artículo 130.3 de la LCSP, el cual señala lo siguiente:

“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.”

Como resulta plenamente aceptado por la doctrina de esta Junta y de los Tribunales contractuales, y como se recoge en el tenor literal de este precepto, la premisa para su aplicación es que la subrogación venga impuesta por una norma legal, por un convenio colectivo o por un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la fuente de la obligatoria subrogación en sentencias como la de 18 de junio de 2019 (Recurso 702/2016) en la que señala lo siguiente:

“El Tribunal Supremo ha reiterado que la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral. También tiene declarado este Tribunal que la cláusula de subrogación



empresarial excede claramente 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 que esté 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. La subrogación no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato. De este modo, solo cuando la subrogación venga impuesta por ley o por convenio colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia.”

También cabe citar en este punto la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en resoluciones como la 99/2019, de 8 de febrero, en la que señala que *“La existencia o no de subrogación laboral, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, es una cuestión cuya determinación corresponde, en última instancia, a los órganos competentes de la jurisdicción social, debiendo limitarse el órgano de contratación a verificar si existe una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación que recojan una obligación de subrogación laboral que,*



en principio, parezca razonablemente aplicable al contrato objeto de licitación. En caso afirmativo, existe obligación de informar en el PCAP de esa eventual subrogación laboral cuya exigibilidad trae causa en la normativa laboral.”

Si interpretamos el artículo 130.3 de la LCSP en estos términos, es decir, de modo que lo que regula el precepto es la obligación de subrogarse por parte de la Administración que asume directamente la prestación del servicio, y únicamente cuando lo imponga la ley o el convenio colectivo, resulta patente que la LCSP no indica de qué modo se produce esa subrogación en términos laborales. Esto es lógico puesto que la LCSP no debe exceder la materia que le resulta propia, esto es, la regulación de los contratos públicos, absteniéndose de regular otra materia como la laboral que excede de la propiamente contractual.

Si, por tanto, las implicaciones propiamente laborales del precepto desbordan la materia contractual pública resulta claro que, a la vista de las competencias de esta Junta Consultiva según lo expuesto anteriormente, no procede emitir informe sobre las cuestiones planteadas, por tratarse todas ellas de cuestiones de índole laboral.

En este sentido, no procede informar las cuestiones que se plantean sobre la situación laboral de los trabajadores una vez producida la subrogación como consecuencia de la asunción del servicio mediante gestión directa, ni sobre su consolidación en la Administración o sobre su posible subrogación posterior como personal de un nuevo organismo (preguntas 3, 4.1 y 1 respectivamente) ni tampoco sobre las posibles responsabilidades en que pudieran incurrir los órganos competentes en materia de personal por causa de las posibles irregularidades en que pudieran incurrir como consecuencia



de la incorporación del personal del contratista a la Administración (pregunta 4.2).

Tampoco es de nuestra competencia decidir sobre la vinculación a un determinado convenio sectorial (pregunta 2), cuestiones todas ellas que, por su marcado carácter laboral, han de ser valoradas por los órganos competentes.

4. No obstante lo anteriormente expuesto, sí que considera pertinente esta Junta Consultiva recordar al órgano de contratación el contenido del artículo 30.3 de la LCSP conforme al cual la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley, es decir, de las normas específicas del contrato de servicios. Esta regla debe interpretarse en el sentido que le dio esta Junta en el informe 112/2018 en el que manifestamos lo siguiente:

“La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece en su artículo 30.3 la regla según la cual la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. Añade que, no obstante, cuando carezca de medios suficientes, y previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en las normas de la Ley que tratan el contrato de servicios. Esta regla es plenamente congruente con la contenida en el artículo 28.1 LCSP que



consagra el que denomina principio de necesidad del contrato y que impone que las entidades del sector público no puedan celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, señala la ley que la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria del contrato, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

La prestación de los servicios por la propia Administración se configura como la regla normal o usual, que será posible cuando la Administración disponga de los medios adecuados para llevarla a cabo. Esta regla, que obedece a una interpretación lógica del funcionamiento de la Administración Pública, es ratificada en la LCSP cuando exige, en el artículo 116.4 e) y f) que al expediente de contratación se justifiquen los siguientes extremos:

- La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes;*
- Su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.*



- *En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.*

Es evidente que si la Administración puede acudir a la gestión directa de los servicios esta debe ser la forma que elija. Por eso debe incluir un informe sobre la carencia de medios suficientes para hacer frente a la prestación de un determinado servicio de su competencia, abriéndose entonces la posibilidad de gestión indirecta a través de un contrato público.”

Lógicamente esto implica que en el caso del contrato de servicios la decisión de asumir la gestión directa de un servicio o de acudir a un contrato público presenta un significativo margen de discrecionalidad, pero está matizada por las circunstancias de la entidad pública contratante y por una justificación suficiente de la decisión adoptada.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

- De conformidad con el artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la procedencia de la subrogación del personal que presta un servicio para la Administración, tanto en el caso de que se proceda a licitar un nuevo



contrato como en el caso de que la Administración decida prestar directamente el mismo, sólo procederá si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

- No corresponde a esta Junta Consultiva informar de las cuestiones de derecho laboral que deriven de interpretación de las normas, convenios y acuerdos que impongan la subrogación, así como de aquellos aspectos de derecho laboral derivados de la subrogación efectuada.
- Conforme al artículo 30.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en el caso del contrato de servicios la decisión de asumir la gestión directa de un servicio o de acudir a un contrato público presenta un significativo margen de discrecionalidad, pero está matizada por las circunstancias de la entidad pública contratante y por una justificación suficiente de la decisión adoptada.