

**SUBROGACIÓN DE LOS TRABAJADORES  
EN EL ÁMBITO DE LA SUCESIÓN DE CONTRATAS  
EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. SUBROGACIÓN  
EX PLIEGOS DE CONDICIONES DE CONTRATAS  
Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS**

*Sentencia del Tribunal Supremo (C-A), de 18 de junio de 2019*

M.<sup>a</sup> LUISA PÉREZ GUERRERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La mercantil adjudicataria del contrato del “servicio de Auxiliares de Servicio para la Universidad Rey Juan Carlos” recurre el expediente de convocatoria de nueva adjudicación de dicho contrato de servicios ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP), interesando que se anule y deje sin efecto, y se oferte otro concurso con la obligatoriedad de subrogación del personal existente. El TACP resuelve desestimando el recurso de la entidad contra el pliego de cláusulas administrativas particulares, frente a cuyo Acuerdo, la entidad interpone recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid alegando vulneración de los principios de igualdad y no discriminación; de los principios de confianza legítima y el de seguridad jurídica, así como la doctrina de actos propios. Dicho Tribunal, en Sentencia de 9 de diciembre de 2015, desestima, de nuevo, la pretensión de la mercantil que recurre en casación ante el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal confirma la Sentencia del TSJ de Madrid desestimando el recurso.

**RESUMEN:** La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de junio de 2019<sup>1</sup> confirma la imposibilidad de imponer a las empresas adjudicatarias de un servicio, a través de contratos del sector público, la subrogación de los trabajadores de la anterior adjudicataria en el mismo. El Tribunal Supremo admite esta posibilidad sólo si se encontraba prevista en una

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Grupo de investigación SEJ-322. Este comentario se realiza en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2015-64752-P, *Sostenibilidad y responsabilidad en el ámbito deportivo: análisis jurídico y propuestas de reforma normativa ante los retos fiscales y laborales de los deportistas*.

<sup>1</sup> ECLI: ES:TS:2019:1988

norma legal o pactada, como el convenio colectivo o acuerdo. De otro modo, dice el TS, no se puede incluir en el pliego de condiciones la subrogación ya que eso 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.

## ÍNDICE:

1. CUESTIÓN PLANTEADA: LA SUBROGACIÓN DEL PERSONAL DE LAS CONTRATAS PÚBLICAS EN CASO DE CAMBIO DEL CONTRATISTA. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 ET A LAS CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO
2. LAS VÍAS DE SUBROGACIÓN DE LOS CONTRATOS LABORALES EN LA SUCESIÓN DE CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO
  - 2.1. La vía legal
  - 2.2. La vía convencional
  - 2.3. La subrogación por asunción de parte importante de la plantilla del anterior contratista o concesionario
  - 2.4. La sucesión derivada de los pliegos de cláusulas administrativas particulares
3. LA PROHIBICIÓN DE INCLUIR CLÁUSULAS DE SUBROGACIÓN EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES. CONDICIONES Y REQUISITOS JURISPRUDENCIALES
4. CONCLUSIONES

## 1. CUESTIÓN PLANTEADA: LA SUBROGACIÓN DEL PERSONAL DE LAS CONTRATAS PÚBLICAS EN CASO DE CAMBIO DEL CONTRATISTA. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 ET A LAS CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO

La cuestión de fondo que aquí se plantea es la aplicación de las garantías que recoge la figura regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), es decir, la subrogación de los trabajadores, cuando nos encontramos en el ámbito de las contratas del sector público. Es decir, cómo y cuándo se pueden aplicar estas garantías. Y, en particular, si una Administración Pública puede imponer, a través del mecanismo de la inclusión de condiciones particulares de carácter social en el pliego de condiciones, la subrogación del nuevo contratista en los contratos de trabajo del anterior, si no existe una ley o convenio colectivo que lo imponga.

Hemos de recordar que dicho precepto contiene un mandato destinado a la protección de los trabajadores, sobre la base de la existencia de una sucesión empresarial. Y que es consecuencia de la transposición de la Directiva 2001/23/

CE<sup>2</sup>, 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 centros de actividad. Directiva que resulta aplicable tanto a empresas públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro.

En su artículo 1.2, dicha Directiva exige, para que resulten aplicables las garantías en ella contenidas, que el traspaso sea de una “entidad económica que mantenga identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuese esencial o accesorio”. De este modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) ha interpretado este precepto, estableciendo tres requisitos para la aplicación de la Directiva:

- Que la transmisión ocasione un cambio de empresario,
- Que se refiera a una empresa, un centro de actividad o una parte de un centro de actividad;
- Y que resulte de un contrato<sup>3</sup>.

Y este carácter contractual de la transmisión, puede venir originado por una norma sectorial de carácter convencional, como es el convenio colectivo. Siendo para el Tribunal indiferente la causa por la que se lleve a cabo la transmisión.

Estos requisitos son recogidos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de forma que se considera que existe sucesión de empresa “cuando la transmisión afecte a 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 accesorio”. La cuestión está en determinar cuándo el cambio de contratista en las contratas del sector público puede considerarse una sucesión de empresas de las reguladas en este precepto.

El Tribunal Supremo ha ido elaborando el criterio jurisprudencial para identificar estos supuestos en el ámbito de la contratación administrativa, afirmando que, como indica la Directiva, el objeto de la transmisión ha de ser “un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”<sup>4</sup>. Este ha sido el criterio que tradicionalmente ha venido aplicando también a las contratas del sector público el Alto Tribunal desde los años 90, de forma que, en palabras del TS, “ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del

<sup>2</sup> DOCE nº 82, de 22 de marzo de 2001 (DOUE-L-2001-80646), que vino a modificar la anterior Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero.

<sup>3</sup> Vid. Fita Ortega, F., “El artículo 44 ET y las cláusulas de estabilidad en el empleo previstas en normativa sectorial, o en los pliegos de condiciones de contratas y concesiones administrativas”, *Revista de Derecho Social*, nº76, 2016, pág. 190.

<sup>4</sup> STS de 9 de diciembre de 2014 (rec. 109/2014), fundamento jurídico tercero.

artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación”<sup>5</sup>. Por tanto, habrá que estar al resultado del cambio de contratista o concesionario para determinar la aplicación de dicho precepto o no. Y por ello, descarta nuestro Tribunal que la subrogación opere en virtud del artículo 44 ET “si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una “sucesión de plantillas” en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra”<sup>6</sup>.

No obstante, podemos advertir que ello no fue siempre así, pudiendo encontrar algunos pronunciamientos jurisprudenciales, anteriores a esta fecha, donde el Tribunal Central de Trabajo y el propio Tribunal Supremo se pronunciaban a favor de la aplicación de la figura de la subrogación en las contrataciones y concesiones administrativas<sup>7</sup>.

En la actualidad, en cambio, la posición del Tribunal Supremo, se centra en el tratamiento separado de los conceptos de “contrata” y transmisión de empresa o centro de trabajo, entendidos estos últimos como unidades productivas autónomas, de forma que la mera sucesión de contrataciones no puede considerarse *per se* un supuesto de hecho contemplado en el artículo 44 ET, si no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada<sup>8</sup>.

Este es el punto de partida. Por tanto, sólo si en la sucesión de contratistas, el contratista entrante conserva un conjunto organizado de elementos del contratante saliente, podríamos considerar la aplicación de la regla de la subrogación que permita la continuidad de las relaciones laborales de los trabajadores, ahora sí, con el nuevo contratista como empresario. De lo contrario, no sería posible.

## 2. LAS VÍAS DE SUBROGACIÓN DE LOS CONTRATOS LABORALES EN LA SUCESIÓN DE CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO

Cuando nos situamos en el ámbito de las Administraciones Públicas, hemos afirmado que existe una consolidada jurisprudencia que considera que el artículo 44 ET no se puede aplicar, al menos automáticamente, al supuesto de cambio de empresario en las contrataciones públicas o concesiones administrativas. Debiendo analizar los pormenores de la operación para conocer si se dan o no los presupuestos necesarios para que se produzca la subrogación<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Vid. STS de 5 de abril de 1993, citada por el propio TS en las Sentencias de 24 de julio de 2013 (rec.ud. 3328/2012) y 7 de junio de 2016 (rec. 2911/2014).

<sup>6</sup> Vid. STS de 27 de octubre de 2004 (rec. 899/02).

<sup>7</sup> Vid. un interesante recorrido por la jurisprudencia citada en Calvo Gallego, F.J., “Transmisión de empresas, sucesión de contrataciones y sector público”, en *Temas Laborales*, nº 114, 2012, págs. 208 y 209.

<sup>8</sup> Vid. STS de 7 de junio de 2016 (rec. 2911/2014).

<sup>9</sup> Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., “Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo”, en *Temas Laborales*, nº 135, 2016, p. 133.

Las razones por las que se produzca la subrogación pueden ser, por tanto, de naturaleza legal –que reúna los requisitos recogidos en el artículo 44 ET, es decir, la transmisión de una unidad autónoma con un conjunto de medios organizados que pueda llevar a cabo una actividad económica–; o convencional –recogida en la negociación colectiva sectorial–. Sin embargo, además de estas dos causas, la jurisprudencia lleva admitiendo tradicionalmente que el mandato por el que se produce la subrogación, provenga de una cláusula contractual reflejada en el pliego de condiciones de contratación; y por sucesión de plantillas, cuando el empresario entrante asume una parte significativa de la plantilla del empresario saliente, en actividades que descansan principalmente en la mano de obra, ya sea de forma voluntaria u obligada porque se halle previsto en un convenio colectivo<sup>10</sup>.

Y son precisamente estas dos últimas formas de subrogación las que mayores problemas han planteado, primero por no reconocer inicialmente el Tribunal Supremo la aplicación del artículo 44, en el segundo caso, y por no admitir la imposición de este tipo de cláusulas por parte de la Administración, si no están previstas en un convenio colectivo, en el primero.

Pero veamos más detenidamente las cuatro vías, por las que puede producirse la subrogación en el ámbito de las contratas del sector público.

## 2.1. La vía legal

Ya hemos dicho que la subrogación prevista en el artículo 44 ET no se produce, al menos automáticamente, cuando tiene lugar una sucesión de contratas públicas o concesiones administrativas de gestión de servicios públicos. De esta forma, para que el empresario entrante se subroge en la posición del empresario saliente en relación con las relaciones laborales existentes con sus trabajadores, es preciso que se den los dos presupuestos reconocidos por la jurisprudencia del TS:

- Que se transmita una organización productiva, es decir, una serie de medios organizados susceptibles de llevar a cabo una actividad económica.
- Que dicha actividad sea esencial o accesoria.

Así, dice el TS, “lo determinante para saber si se produce o no sucesión empresarial, no depende tanto de que el nuevo empresario, el que continúa la actividad, sea o no propietario de los elementos patrimoniales necesarios para su desa-

<sup>10</sup> Vid. de nuevo Rodríguez-Piñero Royo, M., *ibidem*, para quien estos son los cuatro supuestos de subrogación que ha identificado el Tribunal Supremo. Aunque algunos autores resumen en tres las vías por las que se produce la subrogación, excluyendo esta última de la asunción de plantillas. Vid. en este último sentido Fernández Fernández, R., *La Sucesión de Empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, p. 99.

rollo, y al margen también de que existiera o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, lo decisivo, decíamos, es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad<sup>11</sup>. Estos son, por tanto, los dos requisitos necesarios para que se produzca la subrogación en este ámbito.

Sin embargo, la aplicación de esta regla, no siempre es clara desde el punto de vista de nuestra jurisprudencia, ya que son bastante conocidos los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo sobre la necesidad de interpretar extensivamente estos criterios, admitiendo que no es preciso que esos medios organizados, objeto de transmisión, tengan que ser de carácter material, sino que puede tratarse, en aquellas actividades que descansan fundamentalmente sobre mano de obra – como es el caso de la limpieza, la vigilancia y la seguridad – de una sucesión de plantillas, en cuyo caso, también estaremos ante un fenómeno subrogatorio, como veremos más adelante.

En todos estos supuestos, una vez constatado el supuesto de hecho consistente en la transmisión de la organización productiva, entrará en juego la aplicación del artículo 44 ET, con todas sus garantías.

## 2.1. La vía convencional

Aclarados los criterios que la jurisprudencia exige para la aplicación de la subrogación en la sucesión de contratadas públicas, podemos indicar que dicha subrogación, podría venir contemplada, como de hecho sucede, en una ley o en una norma convencional. Tal es el caso del convenio o acuerdo colectivo.

En el caso de las contratadas administrativas, el TS venía considerando, en una línea jurisprudencial bastante consolidada que se trataba de un supuesto que se encontraba fuera del régimen jurídico del artículo 44 ET, ya que ni la contrata ni la concesión administrativa, decía el Tribunal, son unidades productivas autónomas<sup>12</sup>, requisito fundamental en la determinación de la aplicación de las garantías recogidas en el artículo 44. Por lo que una forma de lograr la estabilidad en el empleo, y conseguir una mayor protección de los trabajadores era incluir en los convenios colectivos sectoriales cláusulas que regularan la subrogación del personal en estos supuestos de sucesión de contratadas. Imponiendo así, por vía convencional, a la empresa entrante la obligación de subrogarse en los trabajadores de la contrata saliente.

Esta opción sí ha sido ampliamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia.

<sup>11</sup> STS de 28 de febrero de 2013 (rec. ud. 542/2012).

<sup>12</sup> STS de 5 de abril de 1993 (rec. 702/92) entre otras.

cia, si el objetivo es la consecución de la estabilidad en el empleo<sup>13</sup>. Es clara la jurisprudencia que considera la legalidad de las cláusulas de los convenios colectivos sectoriales que imponen la subrogación de los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas, ya sean públicas o privadas<sup>14</sup>.

Es frecuente, por tanto, encontrar este tipo de cláusulas de mantenimiento del empleo en convenios sectoriales de actividades que con frecuencia se realizan para las Administraciones Públicas<sup>15</sup>. Y la legalidad de estas cláusulas ha sido aceptada con normalidad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Siendo, según el TS “perfectamente válido que la autonomía colectiva favorezca la continuidad de las relaciones laborales afectas a un servicio que permanece y que ese favorecimiento se realice en unas concretas y determinadas condiciones que son fruto del acuerdo logrado a través de la negociación colectiva”<sup>16</sup>. Sirviendo estas cláusulas, además, a un segundo aspecto de interés en las relaciones laborales, como es el de reducir la conflictividad de las partes, evitando las reclamaciones que se deducirían tras la pérdida de sus empleos por parte de los trabajadores, tratando de que les sea reconocida una relación laboral con la Administración o alguna de las dos empresas<sup>17</sup>, o extender las responsabilidades recogidas en el artículo 42 ET a través del reconocimiento de la figura de la cesión ilegal<sup>18</sup>.

Es posible encontrar, por tanto, un considerable número de convenios colectivos, generalmente de sector, en cuyo articulado aparecen cláusulas de subrogación de plantillas<sup>19</sup>. Pero particularmente es frecuente encontrarlos en convenios de actividades o sectores especializados en prestar servicios con regularidad para las Administraciones Públicas<sup>20</sup>.

Ahora bien, dos son las cuestiones que debemos plantear al respecto y que

<sup>13</sup> Vid. en extenso el estudio de De Soto Rioja, S., “Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional”, en el libro colectivo *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 601 a 674.

<sup>14</sup> Así lo afirma el TS en su sentencia de 7 de abril de 2016, en unificación de doctrina (rec. 2269/2014), en relación al convenio de las empresas de seguridad. También lo ha afirmado el TJUE en sentencias como la de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/2000, “Temco”.

<sup>15</sup> En la mayoría de los casos actividades del sector terciario de los servicios, aunque también se puede observar una cierta extensión de este tipo de garantías de permanencia o conservación del empleo a otros sectores productivos. En este sentido se expresa De Soto Rioja, S., op. cit. p. 605.

<sup>16</sup> De nuevo STS de 7 de abril de 2016 (rec. ud. 2269/2014).

<sup>17</sup> Vid. Fernández Fernández, R., *La Sucesión de Empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, p. 101.

<sup>18</sup> Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., “Gestión privada...”, op. cit. p. 137.

<sup>19</sup> Vid. el estudio de los convenios y las cláusulas subrogatorias que recoge De Soto Rioja, S., “Sucesión de empresas...”, op. cit. pp. 661 y ss.

<sup>20</sup> Tal es el caso de los Convenios de limpieza de edificios públicos, transporte de enfermos y accidentados en ambulancias, etc... Un recorrido por los principales convenios podemos encontrarlo Rodríguez-Piñero Royo, M., op cit. págs. 137 y ss.

han tenido diferentes respuestas desde nuestra jurisprudencia y legislación. En primer lugar, qué tipo de norma convencional podrá contener este tipo de cláusulas, es decir, si se trata de convenios colectivos estatutarios o también acuerdos de empresa, y de qué alcance, empresa o sector<sup>21</sup>. Y, en segundo lugar, qué grado de autonomía puede tener dicha regulación convencional, es decir, si debe limitarse a regular la aplicación de la figura de la subrogación o puede determinar también el grado de aplicación de las garantías recogida en el artículo 44 ET, por ejemplo, en relación con la asunción de deudas salariales y de seguridad social.

Pues bien, ambas cuestiones han sido abordadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido siguiente.

Por lo que se refiere, en primer lugar, al tipo de norma convencional que puede contener un mandato subrogatorio, podemos decir que, al ser la vía convencional un procedimiento que no se encuentra regulado en la ley, sino admitido por la jurisprudencia a lo largo de los años, no podemos hacer referencia a ninguna norma laboral para resolver este interrogante. Sí existen, no obstante, normas administrativas que se han referido a este fenómeno subrogatorio, como es el caso del artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público, según el cual “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...”<sup>22</sup>. De este modo, dicha norma, al hilo de la regulación de un derecho de información recogido en la norma administrativa, hace referencia al convenio colectivo o a un “acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”, sin precisar si se trata de convenios sectoriales o de empresa, como sí ha sucedido en otros preceptos, especialmente los referidos a los costes salariales aplicables en caso de subrogación, donde sí se especifica la referencia a los convenios de sector<sup>23</sup>.

Por tanto, no parece que la ley quiera limitar a determinados tipos de convenios la regulación de las cláusulas subrogatorias, si bien, parece lógico que, si la figura de la subrogación se va a extender de una empresa a otra que le sucede en la contrata o cesión administrativa, el convenio colectivo que aplique la regla de la subrogación haya sido suscrito por ambas, a nivel sectorial, por tanto. Pues no parece que tenga sentido que un convenio de empresa trate de garantizar la esta-

<sup>21</sup> En relación con esta problemática, vid. De Soto Rioja, S., “Sucesión de empresas...”, op. cit. pp. 613 y ss.; y Lahera Forteza, J., “Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la Ley 9/2017”, en *Temas Laborales*, nº 144, 2018, pp. 43 a 52.

<sup>22</sup> Hay más preceptos en la LCSP que se refieren al convenio sectorial, si bien, en relación con los costes salariales aplicables a los trabajadores de la contrata o empresa concesionaria del servicio.

<sup>23</sup> Vid. al respecto, el estudio realizado por Lahera Forteza, J., op. cit. pp. 45 y 46

bilidad en el empleo de sus trabajadores, a través de la previsión de la transmisión de su plantilla a otra empresa.

Y ello no impide que la nueva empresa decida voluntariamente asumir la plantilla de la anterior adjudicataria, de forma que produciría el mismo efecto subrogatorio, pero sin que exista, en este caso, la vía convencional que lo imponga.

En relación con la segunda cuestión planteada, podemos afirmar que la tipología de cláusulas subrogatorias que es posible encontrar en los convenios colectivos sectoriales es bastante variada, admitiéndose ampliamente y de forma pacífica, al menos tradicionalmente, que estas cláusulas pudieran reunir requisitos específicos que limitasen la aplicación del efecto subrogatorio a un determinado grupo de trabajadores. Tal es el caso, por ejemplo, de cláusulas que exijan una determinada antigüedad en la empresa, o la sucesión tan sólo de una parte de dicha plantilla<sup>24</sup>.

Sin embargo, también en relación con estos supuestos, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, en supuestos de reducción del volumen de la contrata, es decir, cuando el servicio objeto de contratación sufre una disminución y existe una obligación de subrogación impuesta por un convenio colectivo. En este caso, el TS ha rectificado su anterior línea interpretativa, considerando que dicha reducción de la contrata no puede ser causa que excuse o impida la aplicación de la garantía de subrogación previstas en el artículo 44 ET, de forma que “en caso de dificultades para cumplir ese deber, no se permite la rescisión del contrato por fin del mismo, o por terminación de obra, sino que sólo cabe acudir a la vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por vía del artículo 41 ET”<sup>25</sup>. Reforzando, como vemos, el Alto Tribunal la aplicación del efecto subrogatorio e impidiendo limitar su efecto en estos casos.

Otra cuestión es que, como consecuencia de estas limitaciones incluidas en la negociación colectiva, se pueda condicionar la aplicación de las garantías del artículo 44 ET a los trabajadores de la empresa cedente. A favor de esta idea y sobre la base de que se trataba de un supuesto de subrogación obligatoria impuesta por un convenio colectivo sectorial, se pronunció el TS en su Sentencia de 7 de abril de 2016 (rec. ud. 2269/2014), considerando legítimo que fuera la autonomía colectiva la que determinase cómo se llevaría a cabo dicha subrogación, pudiendo limitar, por tanto, el número de trabajadores a los que se aplicaría la garantía de subrogación.

<sup>24</sup> Aunque podrían plantearse dudas acerca de la compatibilidad de estas cláusulas con la prohibición de discriminación por razón de la duración del contrato de trabajo, recogida en las normas comunitarias, como apunta De Soto Rioja, S., “Sucesión de empresas...”, op. cit. p. 670, si bien, también nos recuerda este autor que el objetivo de estas cláusulas “aunque no llegue a decirse de forma explícita”, es el de evitar un “posible fraude... por parte del empresario cedente, consistente en aumentar de modo artificial el volumen de plantilla realmente adscrita a la empresa o a la contrata”.

<sup>25</sup> STS de 8 de enero de 2019 (rec. ud. 2833/2016), de 5 de marzo de 2019 (rec. 2892/2017) y de 8 de mayo de 2018 (rec. ud. 3484/2016), entre otras, que vienen a rectificar la doctrina contenida en la STS de 21 de septiembre de 2012 (rec. 2247/2011).

Sorprendió esta sentencia a gran parte de la doctrina<sup>26</sup>, ya que no parecía seguir los mandatos interpretativos del TJUE<sup>27</sup>, como destacaba el voto particular que podía leerse en la citada Sentencia. Sin embargo, esta había sido la línea seguida por el TS desde 2012, año en el que podemos encontrar sentencias donde se hace hincapié en que lo relevante a la hora de determinar si debemos aplicar o no el artículo 44 ET no es el análisis de las condiciones que impone el respectivo convenio colectivo para que se produzca la subrogación de trabajadores, como es el caso de la antigüedad exigida a los mismos, sino si, como consecuencia de la aplicación de estas reglas, el resultado final es la asunción de una parte importante o no de la plantilla<sup>28</sup>.

Sin embargo, la Sentencia del TS de 27 de septiembre de 2018 vino a introducir un importante “cambio de rumbo” en la doctrina del TS sobre esta materia<sup>29</sup>, provocado por la Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018 (C-60/17)<sup>30</sup>, conocida como Sentencia Somoza Hermo, y que es analizada por el Tribunal en su fundamentación, afirmando que el hecho de que la asunción de una parte significativa de la plantilla tenga un origen convencional no puede servir para excluir u obviar los efectos de la subrogación empresarial. Así, el TS reconoce que debe modificar las premisas que apoyaban la anterior doctrina y afirmar, alineándose con la jurisprudencia del TJUE, que el hecho de que la subrogación de plantilla sea consecuencia de lo previsto en un convenio colectivo, no puede determinar la solución del problema, siendo, por tanto, este aspecto irrelevante a efectos de aplicar el régimen de garantías previsto en el artículo 44 ET. Ya que es el concepto de “entidad económica el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial a efectos subrogatorios”. De este modo, dice el TS, en línea con lo apuntado por el TJUE, que “siempre que haya transmisión de

<sup>26</sup> Vid. Cruz Villalón, J., “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, *Temas Laborales*, nº 135/2016, p. 40.

<sup>27</sup> Vid. Fita Ortega, F., op. cit. p. 196, para quien, según esta jurisprudencia, no cabe admitir que la continuidad laboral de los contratos esté en manos del convenio colectivo.

<sup>28</sup> Vid. STS de 27 de abril de 2012 (rec. 3524/2011), 16 de julio de 2014 (rec. 2440/2013) y 7 de abril de 2016.

<sup>29</sup> Así lo expresan García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., “Nuevos escenarios de futuro para la subrogación convencional: la STS 27 de septiembre de 2018”, en *Revista de Información Laboral*, nº 12/2018.

<sup>30</sup> Asunto Somoza Hermo e Ilunion Seguridad. En esta Sentencia el TJUE deja constancia de la doctrina comunitaria al respecto, afirmando que el hecho de “que la asunción de personal venga impuesta por convenio colectivo no afecta al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica” y aclarando que “el artículo 1.1. de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001... debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”.

un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca”.

### **2.3. La subrogación por asunción de parte importante de la plantilla del anterior contratista o concesionario**

Considerando la jurisprudencia que acabamos de resumir sobre la aplicación a las contratas del sector público de la subrogación prevista en el artículo 44 ET, hemos de analizar un aspecto particular que también ha sido tratado por la jurisprudencia, si bien de forma algo controvertida. Se trata del supuesto en que un convenio colectivo contuviera la obligación de traspasar sólo una parte (significativa) de la plantilla.

En este caso, donde el nuevo contratista asume una parte de la plantilla, podemos plantear si se da el presupuesto de hecho de la figura de la subrogación, es decir, la transmisión de ese conjunto organizado de medios susceptible de llevar a cabo una actividad económica.

El TJUE se ha pronunciado a favor de la subrogación y de la aplicación de la Directiva, afirmando que “ en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”<sup>31</sup>. En estos casos, la razón por la que el TJUE considera aplicable la Directiva se debe a que se trata de actividades que descansan principalmente en la mano de obra, de forma que, al producirse la “transmisión” de una parte esencial de la plantilla de la empresa anterior, “el nuevo empresario adquiere el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”.

Así lo ha venido admitiendo recientemente nuestro Tribunal Supremo, para quien es fundamental el criterio de que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, siendo crucial a la hora de determinar si estamos o no ante un supuesto de transmisión del artículo 44 ET<sup>32</sup>. Tal es el caso de actividades, como

<sup>31</sup> Vid. STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto 463/09). Vid. también un comentario de esta sentencia en Calvo Gallego, F.J., “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, en *Temas Laborales*, nº 114, 2012.

<sup>32</sup> Vid. por todas SSTS de 9 de diciembre de 2014 (rec. 109/2014), 28 de febrero de 2013 (rec. 542/2012), que recoge doctrina del mismo Tribunal en Sentencias anteriores, como la de 27 de junio de 2008 (rec. 4773/2006).

se ha dicho, de limpieza, vigilancia y seguridad, donde el TS ha venido apreciando esta sucesión de empresas.

Por tanto, es posible apreciar, según nuestro Alto Tribunal, el fenómeno de la subrogación empresarial cuando lo que se produce es lo que se ha venido denominando una “sucesión de plantillas”, en supuestos en los que la actividad descansa esencialmente en el factor humano, es decir, “en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata”<sup>33</sup>. Pues, dice el Tribunal, “un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario, quizá salvo que se trate del principal, no sólo continúa con la actividad de la que se trata, sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla anterior”<sup>34</sup>. De esta forma, en estos supuestos, las obligaciones del artículo 44 ET, operan “en el ámbito en que esta sucesión tenga lugar, esto es, a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma en la que se asuma la mayor parte de la plantilla”<sup>35</sup>.

Ahora bien, la “sucesión de plantilla” no tendrá el efecto subrogatorio si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, aunque se produzca la continuidad de la actividad, salvo que se transmitan los elementos materiales necesarios para el desarrollo de la actividad<sup>36</sup>. Porque, como nos recuerda el TS, analizando a su vez la doctrina del TJUE, la mera asunción de un conjunto de personas no equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos, debiendo atender al resultado de la operación. De forma que sólo habrá subrogación empresarial “cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”<sup>37</sup>.

Por otro lado, el TS, aceptando la doctrina del TJUE, aclara que es irrelevante, para la aplicación de las garantías de la Directiva 2001/23/CE y, por tanto, del artículo 44 ET, si esa asunción de plantilla de la empresa cedente se produce de forma voluntaria o no, es decir, por mandato legal o convencional<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Vid. STS de 7 de junio de 2016 (rec. 2911/2014).

<sup>34</sup> Vid. STS de 28 de febrero de 2013 (rec. 542/2012).

<sup>35</sup> Vid. STS de 7 de junio de 2016 (rec. 2911/2014).

<sup>36</sup> Vid. STS de 28 de febrero de 2013 (rec. 542/2012).

<sup>37</sup> STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. ud. 2747/2016), citando la STJUE de 11 de julio de 2018 (Somoza Hermo).

<sup>38</sup> Vid. de nuevo, SSTS 28 de febrero de 2013 (rec. 542/2012) y 27 de septiembre de 2018 (rec. ud. 2747/2016); y STJUE de 24 de enero de 2002, en el caso Temco Service Industries (Asunto C-51/00).

#### 2.4. La sucesión derivada de los pliegos de cláusulas administrativas particulares

Podemos observar cómo la mayoría de la doctrina ha venido destacando entre las vías de lograr el efecto subrogatorio en la sucesión de contratas del sector público, la de la inclusión en el conocido como “pliego de condiciones” por parte de la Administración contratista, la subrogación del personal del empresario saliente al entrante<sup>39</sup>. Este pliego de cláusulas administrativas está llamado a incluir pactos y condiciones tendentes a definir los derechos y obligaciones a asumir por las partes<sup>40</sup>. Y tiene naturaleza contractual y no reglamentaria, vinculando tan sólo a la Administración y al contratante o adjudicatario.

Así, según el artículo 122.2 de la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público (LCSP), en estos pliegos se incluirán los “criterios de solvencia y adjudicación del contrato”, pero también, dice expresamente la norma, “la consideraciones sociales, laborales y ambientales que, como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan”. Y entre estas consideraciones sociales, podrían encontrarse las referentes al mantenimiento de la estabilidad del empleo<sup>41</sup>.

Además, el fenómeno de la subrogación, viene mencionado en la LCSP para hacer referencia al deber de información que pesa sobre la Administración, sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Tal es el caso del artículo 130 de la citada Ley, que parece limitar la posibilidad de incluir esta información en los pliegos de condiciones a aquellos supuestos en que “una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse.”. Esta exclusión de la voluntad de la Administración para incluir voluntariamente la cláusula de subrogación en el pliego de condiciones, parece ir en la línea de la Sentencia que comentamos, donde el TS considera que sólo en estos casos de previsión legal o convencional, procede incluir en el pliego de condiciones la cláusula de subrogación con toda la información que exige el artículo 130.

<sup>39</sup> Vid. en extenso, Fernández Fernández, R., *La sucesión de empresa...*, op. cit. pp. 116 a 129, donde realiza un exhaustivo análisis del régimen jurídico de la sucesión derivada de los pliegos de cláusulas administrativas. Incluso algunos han llegado a ver en esta vía la solución más adecuada al problema que plantea la vía convencional en el ámbito de las administraciones públicas, en particular, las dudas sobre si un convenio que contenga cláusulas subrogatorias resulta o no aplicable a la Administración Pública contratante. Vid. en este sentido De Soto Rioja, S., “Sucesión...”, op. cit. p. 615.

<sup>40</sup> De nuevo Fernández Fernández, R., op. cit. p. 116.

<sup>41</sup> Algunos han visto en este uso de las cláusulas sociales, una forma de contrarrestar o corregir los efectos de la reforma laboral. Vid. Molina Navarrete, C., “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de legitimidad al de sus límites”, en *Temas Laborales*, número 135/2016, p. 87.

También menciona la LCSP en su artículo 202, el tipo de consideraciones de carácter social que pueden imponer las Administraciones públicas en la ejecución de los contratos, y a las que la Ley denomina “condiciones especiales de ejecución del contrato”, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no resulten discriminatorias y sean compatibles con la normativa comunitaria. En este sentido, menciona la norma que estas consideraciones de tipo social o relativas al empleo podrán introducirse con ciertas finalidades como la de hacer efectivos o garantizar los derechos de las personas con discapacidad, así como su inclusión en el mercado de trabajo; favorecer la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, eliminar las desigualdades en el mismo o favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral; combatir el paro juvenil, favorecer la formación o la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Son aspectos en los que podrán incidir dichas condiciones especiales de ejecución exigidas por las Administraciones Públicas, Si bien, como vemos, entre ellas no se encuentra la de garantizar la estabilidad en el empleo, como podría haber sido deseable desde el punto de vista de los trabajadores.

Pero veamos con algo más de detenimiento los argumentos del Tribunal Supremo en la Sentencia comentada.

### **3. LA PROHIBICIÓN DE INCLUIR CLÁUSULAS DE SUBROGACIÓN EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES. CONDICIONES Y REQUISITOS JURISPRUDENCIALES**

Pareció durante un tiempo una práctica común, ampliamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia<sup>42</sup>, la inclusión de cláusulas de subrogación en los pliegos de condiciones de las contrataciones del sector público o concesiones administrativas. De hecho, se suele analizar, en los estudios doctrinales sobre sucesión de empresas, como una de las vías para poder propiciar el fenómeno subrogatorio, ante la negativa de nuestra jurisprudencia a identificar sucesión de empresa con sucesión de contrataciones administrativas.

En cambio, a raíz de la STS de 18 de junio de 2019, que confirma la doctrina contenida en la STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2015, podemos decir que las únicas vías reconocidas para que la subrogación tenga lugar son la previsión legal, en convenio colectivo o acuerdo de eficacia general, o la sucesión de plantillas, en actividades que, como indica el TS, descansan esencialmente en la mano de obra. De este modo, el TS elimina la posibilidad de que una Administración pública o ente de derecho público, sometido a la Ley de Contratos del Sector

<sup>42</sup> Vid. por todos, Fernández Fernández, R., op. cit. p. 124, con toda la jurisprudencia allí citada. Vid. también, por ejemplo, STSJ del País Vasco de 17 de mayo de 2016 (rec. 809/2016) y STSJ Castilla-La Mancha, de 12 de septiembre de 2017 (rec. 727/2017).

Público, incluya una cláusula de subrogación en un pliego de cláusulas administrativas particulares, si no existe una ley o convenio colectivo sectorial que así lo establezca.

El argumento esgrimido por el Tribunal Supremo, en su Sala Contencioso-administrativa, tiene que ver con los límites a que ha de estar sujeto el contenido de los pliegos de condiciones, de forma 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 su caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral”. Reiterando esta argumentación en anteriores sentencias<sup>43</sup> sobre la base de que esta cláusula de subrogación empresarial “excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos”, impidiendo de este modo a una Administración que incluya en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual.

Sólo podría admitirse la inclusión de este tipo de cláusulas, dice el Alto Tribunal, si existe una norma legal o convencional que imponga la subrogación. Son las dos vías, por tanto, que el Tribunal admite. Por tanto, sólo si el cambio de contratista va acompañado de una transmisión de una “entidad económica” entendida en los términos del artículo 44 ET, en una norma legal o en un Convenio colectivo que resulte aplicable, se aplicará el régimen jurídico previsto en este precepto<sup>44</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Como podemos observar, la cuestión sobre la interpretación jurisprudencial de las garantías recogidas en el artículo 44 ET y la Directiva 2001/23/CE, en relación, en particular, con la institución de la subrogación, no ha sido tradicionalmente pacífica, generando un interesante diálogo ente el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia Europeo que ha devenido en una ingente producción de sentencias sobre la aplicación de esta figura al fenómeno de la sucesión de contratas del sector público. En todas ellas, podemos decir, que la protección de la estabilidad de los puestos de trabajo no ha sido el elemento principal de las argumentaciones de nuestro más alto Tribunal, si atendemos al espíritu del artículo 44 ET, bien porque la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público lo impide, imponiendo la necesaria temporalidad en los contratos públicos<sup>45</sup>, bien por la necesidad de proteger la libertad de contratación, que lleva a nuestro Tribunal Supremo a impedir que la Administración imponga al contratista obligaciones de

<sup>43</sup> STS de 16 de marzo de 2015 (rec. 1009/2014) y de 8 de junio de 2016 (rec. 1602/2015).

<sup>44</sup> STS de 18 de junio de 2019 (rec. 702/2016).

<sup>45</sup> Vid. en este sentido el artículo 23 del TRLCSP.

contenido laboral, si no aparecen impuestas por una ley o un convenio colectivo<sup>46</sup>.

Este efecto, la aplicación de los principios administrativos de igualdad y de libertad en la contratación en el ámbito de los contratos del sector público, impide que determinadas cláusulas sociales, como las de garantía de la estabilidad en el empleo, puedan incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, si no es por imperativo legal o porque se encuentren recogidas en una norma como el convenio colectivo sectorial.

Se enfrentan, por tanto, de nuevo, intereses contrapuestos, generando la posibilidad de aumentar la conflictividad laboral y el número de litigios que los trabajadores entablarán al tratar de mantener sus empleos, en caso de cambio de contratos administrativos o adjudicaciones de gestión de servicios públicos. Y es que no podemos olvidar el efecto perverso que tiene la naturaleza temporal, por imperativo legal, de la contratación administrativa, lo que lleva, en la mayoría de los casos, a que la contratación de personal por la empresa concesionaria o contratista sea de naturaleza temporal, aumentando así su precariedad y la inestabilidad en el mantenimiento de su puesto de trabajo<sup>47</sup>.

La inclusión de las cláusulas de subrogación en los pliegos de condiciones particulares, visualizadas como posible solución a la precarización del empleo y conflictividad en las relaciones laborales en el sector público, se encuentran limitadas en su utilización a raíz de esta Sentencia del Tribunal Supremo que limita su inclusión en los pliegos a que la subrogación venga determinada por una ley o un convenio colectivo aplicable.

No obstante, no podemos olvidar dos cuestiones importantes que afectan a esta Sentencia. La primera es que los hechos juzgados se producen antes de la entrada en vigor de la LCSP de 2017, que, como hemos visto, hace especial hincapié en considerar los aspectos laborales de la sucesión de contratos y, en particular, la protección de los trabajadores inmersos en estos procesos. Y la segunda, que esta limitación no impedirá que se apliquen las garantías del artículo 44 ET si, del análisis de la operación en particular, se deduce que se dan los requisitos necesarios para desplegar el régimen jurídico previsto en este precepto para la sucesión de empresas.

De este modo, la jurisprudencia garantista de los derechos de los trabajadores en los fenómenos subrogatorios por sucesión de contratos, emanada de la Sala de lo Social del TS, choca con la línea que parece defender la Sala de lo contencioso-administrativo del mismo Tribunal, celosa de la protección de la libertad de contratar, al limitar la posibilidad de incluir la garantía laboral de la sucesión de empresas contemplada en el ET en los pliegos de condiciones particulares de

<sup>46</sup> Como puede verse en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia que comentamos (STS de 19 de junio de 2019).

<sup>47</sup> Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., "Gestión privada...", op. cit. p. 129.

contratas del Sector Público. Obviamente, nada impedirá que se apliquen las garantías del artículo 44 ET si se produce, como hemos dicho, la transmisión de una “entidad económica que mantenga su identidad” tras la transmisión o traspaso. Y esa identidad resulta también de elementos como “el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone”<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> STS de 27 de septiembre de 2018, rec. ud. 2747/2016.