

Subrogación laboral en el pliego de cláusulas administrativas de la nueva Ley de Contratos del Sector Público

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de GA_P

En un precepto destinado a establecer obligaciones de información a la Administración y a los sucesivos contratistas sobre las obligaciones laborales y de Seguridad Social, el legislador introduce un régimen laboral propio en materia de sucesión empresarial. Con él exime a la nueva empresa contratista de las deudas salariales devengadas y no satisfechas a los trabajadores por la anterior, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social derivadas de aquéllas, deudas todas ellas que deberán ser abonadas por el contratista saliente. Bien es cierto que, todo ello, «sin perjuicio de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores».

1. No podía eludir el legislador en su reforma los efectos laborales en la sucesión de contratos en el sector público. A ello destina especialmente el artículo 130 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre (BOE de 9 de noviembre), de Contratos del Sector Público (LCSP) y lo hace con el rótulo de «información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo».

En el antiguo artículo 120 de la ley anterior también se recogía este mismo título, si bien tanto el contenido como el alcance del precepto sufren una notable alteración. Las vicisitudes económicas y los vaivenes judiciales que la sucesión de contratos (sucesión de contratistas, sucesión de empresas) ha generado en cuanto a la subrogación en el personal entre antiguos y nuevos

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

contratistas o entre estos últimos y la propia Administración han propiciado la modificación de este precepto. Ahora, el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público contiene, pese a su denominación, una regulación mucho más ambiciosa que la mera obligación de informar al nuevo adjudicatario. Y, así, a pesar de que, ciertamente, los apartados primero y segundo de este precepto regulan la obligación de informar al nuevo contratista, el resto de los apartados desarrollan un régimen jurídico propio sobre la subrogación laboral.

2. Especial consideración merece, en este sentido, el alcance del artículo 130.6 de la Ley de Contratos del Sector Público, en atención al cual, el legislador dispone que, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores —regulador de los efectos laborales de la sucesión de empresas—, «el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquéllos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de abono de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos». Una dicción no exenta de dificultades aplicativas.

Por un lado, cabría considerar que, como siempre habrá un pliego de cláusulas administrativas y como la norma impone que, en todo caso, en dicho pliego conste la obligación del antiguo contratista de responder de las deudas contraídas y no satisfechas en los términos descritos y sin perjuicio de lo dispuesto en la ley, el legislador establece un régimen de responsabilidad interna distinta a la externa. Y, por tanto, al margen de lo que para los dos contratistas suponga la aplicación de la norma legal (responsabilidad externa), el pliego establece un régimen de repercusión interno entre ambos contratistas según el cual el nuevo —en caso de abonar la deuda— exigirá al anterior el pago de dicha deuda y, de no satisfacerla este último, la Administración procederá a la retención de las cantidades correspondientes y a la no devolución de la garantía definitiva. De algún modo, no se trata de una consideración extraña en la norma, toda vez que, por ejemplo, en el artículo 130.5 de la Ley de Contratos del Sector Público se dispone que, en el supuesto de que, una vez producida la subrogación, los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada, el nuevo contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista. Por lo que, también en este caso, podría interpretarse que existe dicha acción directa entre contratistas.

3. Mas, por otra parte, el precepto puede ser fruto de la experiencia acumulada en cuanto a los efectos laborales de las contrataciones administrativas. Como es sabido, la regla jurisprudencial aplicable es que la sucesión de contrataciones no implica sucesión de empresas por entender que la contratación no supone una unidad productiva en sí misma considerada susceptible de transmisión, por lo que, en consecuencia, no se aplicaría lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, esta regla general ha sido precisada en varios niveles. Primero, porque los tribunales han impuesto la sucesión de empresas cuando la sucesión de contrataciones supone

sucesión de plantilla. Segundo, porque, en la jurisprudencia comunitaria, la interpretación de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo (DOCE de 22 de marzo), que regula los efectos laborales de la transmisión de empresas, es amplia, por lo que no siempre la sucesión de contratistas administrativas queda al margen de su aplicación. Y, en tercer lugar y entre otras razones, porque los sectores con más inmersión en la externalización de servicios administrativos han optado por establecer la regla de subrogación laboral en el propio Convenio Colectivo.

De esta forma, la sucesión de empresas supondrá la subrogación en los contratos de trabajo, o bien cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley (que 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, *ex artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores*) mediante una subrogación legal, o bien cuando se den las circunstancias establecidas en el Convenio Colectivo (para el supuesto de que no se cumplan todos los requisitos establecidos en la ley, pero sí los recogidos en el Convenio) por medio de una subrogación convencional, o bien, por último, cuando se establezca la subrogación en términos «contractuales» (el pliego de cláusulas administrativas, por ejemplo).

Siguiendo este esquema, el artículo 130.6 de la Ley de Contratos del Sector Público podría considerarse aplicable únicamente a los supuestos de subrogación que se rigen por lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas y no así por los que tienen como fuente normativa la ley, el Convenio Colectivo o un contrato previo. Por una parte, porque dispone dicho régimen como supletorio, esto es, «sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», régimen que resultará, por ende, de aplicación prioritaria si se dieran los requisitos de la sucesión empresarial (entidad económica que mantenga su identidad). Y, por otro lado, porque una interpretación sistemática de la norma avalaría dicha interpretación. En efecto, de acuerdo con el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, «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», deberá facilitársele la información que dicho precepto establezca. Por ello, si se facilita al nuevo contratista información sobre dicha subrogación convencional o contractual, es para que la cumpla en los términos previstos, ya en el Convenio Colectivo, ya en el contrato.

Por lo tanto, el precepto resultará de aplicación tan sólo cuando sea el pliego de cláusulas administrativas el que disponga la subrogación entre el anterior y el nuevo contratista. Con ello se otorga una cierta garantía a los nuevos contratistas y se confirma la exención de responsabilidades laborales por parte de la Administración. Pero no podrá hacerlo al margen del régimen impuesto, sea por la norma legal, sea por la norma convencional, sea por los acuerdos contractuales, si los hubiere.

4. Pues bien, en este caso, cuando el régimen de subrogación es el que impone el pliego de cláusulas administrativas, el legislador obliga a que el contratista saliente responda de los salarios impagados a los trabajadores afectados por la subrogación, así como de las

cotizaciones a la Seguridad Social derivadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y los trabajadores —todos o algunos— sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En consecuencia, exime de la obligación del pago de las deudas por salarios y cotizaciones a la nueva empresa contratista, incluso aunque esta última se subroge en los contratos de los trabajadores.

Se trata de una disposición muy distinta a la prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y que precisamente extiende al nuevo empresario los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior. Además, establece la responsabilidad solidaria tanto del empleador saliente como del entrante precisamente «sobre las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas» durante tres años. De esta manera, el artículo 130.6 Ley de Contratos del Sector Público estaría convirtiendo la responsabilidad solidaria prevista en la norma legal laboral en una responsabilidad única de la empresa saliente en virtud de la nueva norma administrativa.

Podría considerarse que lo que intenta el legislador con este precepto es precisamente negar que exista subrogación. Pero resultaría difícil admitir tal hipótesis. Primero, porque acepta que el nuevo contratista se subroge en la plantilla del anterior (sin precisar el número de trabajadores afectados y, por tanto, sin considerar determinante dicho aspecto). Y, segundo, porque, al crear un régimen propio de responsabilidad entre el antiguo y el nuevo contratista, admite la existencia de vinculación empresarial entre uno y otro (elemento nuclear de la subrogación). Por lo tanto, existe subrogación, si bien esta última no cumple los requisitos establecidos en la ley (por lo que no se le aplica esta última) ni tampoco, en su caso, los previstos en el Convenio Colectivo aplicable, creando el pliego unos efectos derivados de la pervivencia de los trabajadores en la nueva contratista.

Más procede advertir que, cuando los Convenios Colectivos han actuado en esta misma línea, esto es, incorporado un régimen propio de responsabilidad a efectos de la subrogación laboral, los tribunales del orden social han manifestado dudas sobre su interpretación. Y, así, la tendencia mayoritaria en el Tribunal Supremo es que, en tal caso, prima no solamente la existencia de subrogación en los términos precisados por el Convenio, sino las condiciones y efectos establecidos en él. Sin embargo, una corriente minoritaria, pero amplia dentro del tribunal, considera que un Convenio Colectivo podrá decidir si en un determinado supuesto existe o no subrogación a efectos laborales, pero que, de aceptarlo, si admitiera que se produce una subrogación laboral, entonces se impondría la aplicación del régimen legal recogido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

5. Con todo, el nuevo régimen previsto por el artículo 130.6 de la Ley de Contratos del Sector Público se circunscribe a las deudas salariales pendientes y a las cotizaciones derivadas de dichas deudas salariales. Nada se señala en relación con las deudas con la Seguridad Social distintas a las de las cotizaciones derivadas de los salarios no percibidos (impago de cotizaciones anteriores a los salarios que se reclaman, recargo de prestaciones, prestaciones directas a abonar por el empresario, etcétera), en ocasiones de entidad económica

considerable. Y, puesto que el legislador no se refiere a éstas —y teniendo en cuenta el importante volumen económico de algunas de ellas—, cabría considerar que no se ha establecido un régimen excepcional de exoneración para la nueva contratista, siendo ésta responsable del pago en los términos generales impuestos por la ley para tales supuestos. No en vano, el legislador precisa que todo este régimen excepcional se impone «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», en el que impera como regla general la responsabilidad solidaria.

Pero también procedería entender que, puesto que el pliego está reconociendo este régimen particular y distinto al legal, convencional o contractual, es porque no se ha producido una sucesión empresarial en los términos previstos en la ley, en el Convenio Colectivo o en el contrato de trabajo y, en consecuencia, no se le deberá aplicar a la nueva contratista responsabilidad alguna sobre las deudas con la Seguridad Social, debiendo ésta exigir su abono exclusivamente a la empresa saliente. Comoquiera que se trata de un régimen radicalmente distinto de aquel que desarrolla la norma legal, probablemente se impondrá una interpretación restrictiva (sólo en el supuesto de que no se aplique el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores —o el Convenio o el contrato— y únicamente para las deudas salariales y las cotizaciones derivadas de ellas).

6. En todo caso, acreditada la deuda, la Administración procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos. Una tarea no siempre fácil, pues cada trabajador dispone procesalmente de un año para efectuar cualquier reclamación de cantidad, por lo que pudiera ocurrir que la demanda por diferencias salariales se presente cuando el nuevo contratista se haya convertido ya en empleador por subrogación de estos trabajadores demandantes. Por lo demás, las deudas salariales entrañan ciertos riesgos (determinación de complementos en la estructura del salario, abono no periódico de algunos de ellos, concreción en función de los beneficios y la actividad de la empresa, inclusión de las mejoras voluntarias o compromisos por pensiones y la repercusión de todo lo anterior en las cotizaciones adeudadas, entre otras cuestiones), resultando en ocasiones conflictiva su determinación.
7. La nueva Ley de Contratos del Sector Público contiene importantes precisiones laborales. La expuesta es sólo una de ellas, pero importante. De ella depende que los nuevos contratistas asuman las deudas salariales, sólo; las deudas laborales íntegras; determinadas deudas con la Seguridad Social, o se circunscriba su responsabilidad exclusivamente al contenido descrito en el pliego de cláusulas administrativas. Será difícil interpretar que, de admitirse la existencia de una sucesión de empresas, no se imponga el régimen legal laboral derivado del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, ante la duda y para evitar que la Administración tenga que responsabilizarse de deudas contraídas y no satisfechas por sus contratistas, se incorpora este nuevo precepto, no exento de dificultades aplicativas.