

## JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD DE CANARIAS INFORME 1/2020

INFORME 1/2020 DE 5 DE FEBRERO DE LA JUNTA CONSULTIVA SOBRE LA ASUNCIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE DE DEUDAS CORRESPONDIENTES A LOS ADJUDICATARIOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LOS QUE PRIMA LA MANO DE OBRA

El Secretario General Técnica de Sanidad se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe sobre la posibilidad de asunción por parte de la Administración contratante de las cantidades dejadas de abonar a los trabajadores que prestan el servicio por parte de los adjudicatarios condenados por sentencia judicial a su abono.

Antes de analizar la cuestión planteada, precisar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con lo que prevé el Decreto 86/2016, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, tiene el carácter de órgano colegiado consultivo en materia de contratación administrativa y, en el ejercicio de su función de resolver consultas de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, y no puede sustituir ni suplir las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos consultivos en sus respectivos ámbitos de competencia

Con carácter previo a contestar las cuestiones que se plantean, debe analizarse el origen que da lugar a la cuestión y es la subrogación en los contratos de trabajo así como la responsabilidad de los contratistas. Materia compleja por cuanto se unen dos disciplinas del derecho que a veces no están coordinadas.

1) La 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, regula en el artículo 130 la subrogación de los contratos de trabajo en los siguientes términos :

“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 que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo”

La novedad de este precepto es que ha desaparecido la expresión contenida en la normativa anterior en la que se recogía la posibilidad de que los pliegos impusieran la obligación de subrogar, por lo que la obligación del adjudicatario de subrogarse en determinadas relaciones laborales sólo puede venir impuesta por una ley, convenio colectivo o acuerdo de negociación de eficacia general.

Continúa el precepto que cuando esto ocurra, es decir, se imponga la subrogación: "... la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista

Esto implica que toda la información relativa a los trabajadores afectados por la subrogación debe ser proporcionada por el cedente, a través del órgano de contratación, para que sea transmitida a los licitadores, es decir, al nuevo contratista. Los pliegos de la licitación pública deben, necesariamente, incluir estas previsiones para su consideración a la hora de determinar el valor estimado del contrato.

La junta consultiva de contratación pública del Estado en el informe 126/18 recoge que "la obligación que el artículo 130 de la LCSP impone al órgano de contratación es una obligación de carácter puramente formal, pues únicamente le obliga a requerir al contratista anterior una información determinada así como, una vez proporcionada tal información, a facilitarla a los licitadores en el propio pliego, sin que el precepto imponga – ni del mismo se deduzca- ninguna obligación para el órgano de contratación de comprobar la veracidad material o intrínseca de aquella información.

En este sentido, el órgano de contratación actúa como una suerte de intermediario entre el contratista actual y los licitadores del nuevo contrato, con el fin de que éstos puedan obtener, antes de hacer sus ofertas, la información necesaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación con el fin de poder hacer una exacta evaluación de los costes salariales. En consecuencia, es criterio de esta Junta que el órgano de contratación no asume responsabilidad alguna por la imprecisión o por la falta de veracidad de la información suministrada por el contratista saliente (tal responsabilidad no sería congruente con el contenido del artículo 130.5 LCSP) ni tampoco asume una obligación de contrastación activa de la información suministrada".

El artículo 130.5 establece: " En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista." Esto demuestra que la

responsabilidad es del contratista anterior y no de la Administración en la medida en que las repercusiones del desajuste de la información no se cargan sobre ella, debiendo establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la imposición de penalidades, como recoge el artículo 130.4.” El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.”

De lo expuesto queda claro que el órgano de contratación actúa como informador en la subrogación, proporcionando datos a los nuevos licitadores conforme a lo que, a su vez, ha recibido de la adjudicataria previa. No obstante, en esta labor informadora si debería mantener una actitud diligente de cara a comprobar que los datos son completos, para en caso contrario solicitar aquellos que falten.

2) Determinada las obligaciones correspondientes al contratista saliente, al entrante y al órgano de contratación en relación con la información de los trabajadores a subrogar y que permitirá poder tener los datos precisos para realizar la oferta, debemos entrar en la siguiente cuestión de las responsabilidades por impago de salarios o de cotización de la seguridad social de los trabajadores afectados por la subrogación.

El artículo 130.6 dirime las responsabilidades entre el anterior adjudicatario prestador del servicio y el nuevo contratista respecto del pago de los salarios de los trabajadores afectados por la subcontratación en los siguientes términos: “ 6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, (ET) 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, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos 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 pago 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”

La cuestión se centra en determinar la responsabilidad por las deudas anteriores a la asunción por el nuevo adjudicatario del servicio y analizando el precepto se distinguen dos situaciones muy diferentes:

1.- Si se produce sucesión de empresas y por tanto es de aplicación el artículo 44 del ET da lugar a una responsabilidad solidaria entre los dos contratistas (cedente y el cesionario) en cuanto a las obligaciones pendientes de pago.

El problema que plantea a continuación es cuando es de aplicación el artículo 44 ET y aquí es donde debe ponerse de manifiesto la sentencia 873/2018 del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2018, que ha

introducido un giro en la jurisprudencia previa , en aplicación de la Sentencia del TJUE de 11 julio de 2018, en la que se establece que hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET, si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante. En ella se sostiene que en aquellas actividades donde el uso de mano de obra sea intenso y represente el elemento prevalente frente al resto de medios no personales, y el nuevo contratista asuma una parte relevante de la plantilla del anterior empresario, como consecuencia de la obligación de subrogación impuesta desde el Convenio colectivo, las reglas aplicables a la subrogación serán las del artículo 44 ET relativo a la sucesión de empresa, lo que lleva consigo no sólo la asunción las deudas laborales y de Seguridad Social del anterior empleador sino también la asunción de la totalidad del personal adscrito a la contrata, el mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores y del Convenio colectivo que les fuera aplicable.

El concepto de "entidad económica" es el que define la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial, como es el supuesto que se plantea, es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación

Y la determinación de si se produce o no debe realizarse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, es especialmente casuístico y sobre el que existen ya algunos pronunciamientos (aunque sea difícil describir una línea interpretativa uniforme) por lo que la obligación o no de subrogar, así como las condiciones en las que se produce (número de trabajadores afectados, condiciones retributivas, etc) queda al margen del órgano de contratación.

2.-De no existir sucesión de empresas, y no ser de aplicación el artículo 44 ET, se aplicará el artículo 130.6 de la LCSP conforme al cual, como ya sabemos, el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados y de las cotizaciones a la Seguridad Social, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda al adjudicatario del nuevo contrato.

La aplicación de uno u otro supuesto corresponde al área del derecho laboral, por lo que debe estarse a cada caso, el precepto a aplicar y la responsabilidad a asumir por cada contratista y las acciones que cada uno disponga para defender sus propios intereses. Las cuestiones laborales resultan ajenas a la administración contratante, siendo su deber controlar únicamente la definición de las necesidades a satisfacer por contrato (artículo 99 de la LCSP) y que, cuando se reiteran en el tiempo, generan la obligación de subrogación al nuevo contratista. El órgano de contratación, como se ha explicado, mantiene esencialmente un rol informador, es decir, esencialmente pasivo. Su única acción activa en relación a la subrogación radica en comprobar que la información proporcionada es completa. Si ulteriormente estos datos no se correspondieran con la realidad a pesar de gozar de apariencia de veracidad, la responsabilidad sería del anterior adjudicatario tanto con la nueva empresa como con sus antiguos trabajadores si estos se vieran perjudicados en sus intereses legítimos (informe 3/19 de la oficina de contratación pública de Aragón)

La JCCPE en su informe 35/19 recoge: "Consecuentemente, la LCSP exime al órgano de contratación de la responsabilidad sobre la veracidad de los datos suministrados y no otorga al nuevo contratista ninguna acción frente a la Administración que permita deducir la obligación del órgano de contratación de asegurar la indemnidad patrimonial del contratista. Tal conclusión es lógica puesto que la responsabilidad del contratista saliente por el pago de las cantidades procedentes del contrato anterior deriva de la aplicación del ET y no de la LCSP. Por tanto, deriva de las relaciones laborales anteriores y no de la relación contractual pública."

Las cuestiones que se plantean por el solicitante, son:

1.- Se puede entender dentro del concepto de otros eventuales gastos al que hace referencia el art 100.2 LCSP la deuda dejada de pagar por el anterior adjudicatario, por lo que en el siguiente expediente de contratación se debe incluir?

2.- Si la respuesta es negativa, si el nuevo adjudicatario de un expediente de contratación presentase escrito al órgano de contratación reclamando las cantidades condenadas por sentencia judicial y que fueron generadas por impagos del anterior adjudicatario ¿ podríamos estar ante un supuesto previsto en el artículo 205 LCSP, ello es, una vez iniciado expediente de contratación y aprobados los PCAP y PPT, se pueden modificar las cláusulas de un contrato por aparición de circunstancias no previstas en el PCAP?

3.- Si las respuestas son negativas y el nuevo adjudicatario de un expediente de contratación presenta escrito al órgano de contratación reclamando las cantidades condenadas por sentencia judicial y que fueron generadas por impagos del anterior adjudicatario, se podría dictar resolución de finalización del contrato con restablecimiento del equilibrio económico a favor del adjudicatario por reconocimiento de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración o por causa similar?

Partiendo de las consideraciones iniciales del informe se procederá a contestar conjuntamente a las cuestiones planteadas:

En relación a la posibilidad de incluir en el expediente las deudas del contratista anterior con el fin de su abono por la administración contratante, debe analizarse los preceptos referidos al valor estimado, precio y presupuesto base de licitación, así el artículo 100.2 LCSP relativo al presupuesto base de licitación alude a "los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia"; el artículo 101.2 relativo al valor estimado habla de "los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación" y en el 102.3 relativo al precio se incluyen a estos efectos "los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios."

En esta cuestión el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en la Resolución 827/2018, de 24 de septiembre, señala que: la vigente LCSP ha introducido importantes variaciones en lo tocante a la concreción del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato", "a partir de la

entrada en vigor de la presente LCSP gozan de especial transcendencia los convenios colectivos sectoriales de aplicación para garantizar la cobertura de los costes laborales derivados de la ejecución del contrato de servicios, en los que resulte esencial la mano de obra de los trabajadores de las empresas contratistas; por lo que las normas convencionales no pueden resultar ajenas al poder adjudicador a la hora de fijar el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato.”

En la Resolución 1018/2019, de 16 de septiembre del TACRC :” los costes laborales ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes de conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los pliegos, como, una vez adjudicado, en fase de ejecución

Así en el valor estimado debe incluirse únicamente el coste laborales que implica la prestación del servicio que es objeto de contratación, lo que debe abonar la administración por el contrato, no tiene que hacer frente a unos pagos que son ajenos a la ejecución de la prestación objeto del contrato, y no procede incluir coste alguno derivado de los impagos del contratista moroso, por ser sólo responsabilidad de éste último o del siguiente, según los casos de asunción de la obligación de pago de salarios, dado que la responsabilidad del contratista saliente por el pago de las cantidades procedentes del contrato anterior deriva de la aplicación del ET y no de la LCSP, deriva de las relaciones laborales anteriores y no de la relación contractual pública.

La JCCPE en su expediente 35/19 señala :”en ambos casos (aplicación o no del artículo art 44 ET ) es evidente que la responsabilidad del pago de las cantidades pendientes de abonar a los trabajadores no corresponde a la entidad pública contratante porque, como hemos señalado, no deriva del contrato público sino de las relaciones laborales que les ligan con los dos contratistas involucrados en la subrogación. El alcance de las obligaciones económicas derivadas de incumplimientos del anterior contrato en el marco de la subrogación obligatoria es algo que la entidad contratante no debe prever como coste integrante de la prestación en la medida en que no es una responsabilidad derivada del contrato público y propia de la entidad contratante. La existencia de deudas laborales o sociales previas de la empresa contratante saliente es una cuestión ajena a las obligaciones previstas entre las partes en el nuevo contrato a celebrar.

Al no corresponder incluir en el precio conceptos diferentes al valor de la prestación realizada por el contratista, tampoco procede considerar una modificación contractual por la constatación posterior de deudas por parte del contratista anterior ni restablecer un equilibrio económico que no corresponde asumir a la entidad contratante

La JCCPE en su expediente 35/19 continúa :”En consecuencia, no cabe plantear la situación que se describe como una modificación contractual, ya que en nada afecta al objeto de la prestación prevista en el contrato ni a la valoración que de la misma se ha hecho para calcular la contraprestación a abonar en su seno. Tampoco cabe adoptar ningún otro tipo de medida compensatoria por cuanto la entidad contratante no debe responder de cantidad alguna a estos efectos.

La JCCPE también se ha pronunciado en su informe 61/19 respecto a estas cuestiones en los siguientes términos:” mediante la modificación de un contrato público se altera, por causas de interés público, la prestación que el contratista realiza a favor de la entidad pública contratante. Ha de realizarse una prestación cuantitativamente distinta y por esa nueva prestación han de pagarse las cantidades que conforme al contrato correspondan.

Como ejemplo de soluciones a la situación planteada pueden ser las previstas en el expediente 61/19 de la JCCPE citada anteriormente

No obstante , en esta cuestión de responsabilidades de pago de retribuciones no puede dejarse al margen el artículo 42 del ET : El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata. De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.”

La doctrina ha admitido y continúa admitiendo la aplicación del régimen jurídico previsto en el art. 42 ET al ámbito de los contratos del sector público. El Tribunal Supremo ha señalado que “las obras o servicios públicos encomendados por las Administraciones a quienes son empleadores directos de los trabajadores, efectuados mediante contratación administrativa, no excluye por la condición pública del titular de las obras o servicios, la aplicación del art. 42 ET, dado que dicha cualidad no es obstáculo para que tales entidades, de haber asumido directamente y por sí mismas la gestión de las referidas obras o servicios, con los que atienden a la consecución de los fines enmarcados en el área de su competencia, hubieran actuado como empleadores directos”

Pero esta garantía solidaria acogida por el art. 42 ET, de aplicación también a los supuestos de externalización de contratos administrativos, queda supeditada a la concurrencia de una exigencia previa y es que el objeto de la contrata o concesión administrativa pertenezca a la propia actividad. Por ello la contratación debe venir referida a la «propia actividad» del poder adjudicador para asumir esa responsabilidad. Si bien debe señalarse la inseguridad jurídica como consecuencia de la casuística judicial existente.

## **CONCLUSIONES**

1.- La obligación de subrogación sólo puede venir impuesta por la ley, un convenio colectivo o acuerdo de negociación de eficacia general.

2.- En el supuesto en que en la subrogación concurra la sucesión de empresas y por tanto es de aplicación

el artículo 44 del ET da lugar a la responsabilidad solidaria entre los dos contratistas (cedente y el cesionario) en cuanto a las obligaciones pendientes de pago.

**3.-** En el supuesto de no existir sucesión de empresas, y no proceder el artículo 44 ET, se aplica el artículo 130.6 de la LCSP, siendo la responsabilidad de las obligaciones pendientes de pago únicamente del contratista saliente, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda al adjudicatario del nuevo contrato

**4.-** La responsabilidad de las obligaciones pendientes de pago de los contratistas, al no corresponder a la ejecución de la prestación objeto del contrato, no le corresponde su abono a la entidad contratante por lo que no procede incluir como concepto diferenciado en el precio del contrato, ni considerar el hecho como modificación no prevista del contrato ni admitir su abono como restablecimiento del equilibrio económico al contratista adjudicatario.