

La Oficina de Contratación tiene vocación de servicio, asistencia y asesoramiento a los órganos de contratación, y naturaleza de servicio administrativo, de tal manera que su criterio tiene únicamente carácter orientativo y en ningún caso sustituye al de los órganos consultivos y de control que actúan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

| | |
|---------------------------------|--|
| Numero de Consulta | 009/2023 |
| Materia | Subrogación de empleados |
| Solicitante | INAEM |
| Fecha de solicitud | 16/06/2023 |
| Vía | Correo electrónico-Bandeja de entrada |
| Disposiciones aplicables | Artículo 130 de 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. |

CONSULTA

En el INAEM se va a licitar un contrato de servicios relativo a la atención telefónica en el INAEM, cuyo objeto es el siguiente: "La necesidad administrativa a satisfacer por el presente contrato es agilizar la relación del INAEM con los ciudadanos y empresas y proporcionarles de manera fidedigna la información requerida en cada momento sobre intermediación laboral y políticas activas de empleo, facilitando la difusión de informaciones sobre el Instituto, guiar a los demandantes de empleo en su acceso a la oficina electrónica, a la oficina de empleo o unidad del organismo más próxima a su domicilio o, en caso necesario, conectándolos directamente por vía telefónica o telemática a través de la página web, con las unidades o servicios competentes para la tramitación del procedimiento en que tengan o puedan llegar a tener la condición de interesados. así como resolver las consultas formuladas por ciudadanos y empresas sobre los servicios, subvenciones y otros que ofrece el Instituto".

Este servicio se viene realizando de manera continua desde hace unos cuantos años y el actual contrato finaliza el 31 de diciembre de 2023.

En la preparación de los pliegos del contrato se va a tener en cuenta el "Convenio Contact Center" que en su articulado recoge la subrogación del personal.

La empresa que actualmente presta este servicio aplica el convenio "consultoría, estudios de mercado y de la opinión pública", que no recoge la subrogación de personal.

Nos consultan si en los pliegos deben indicar subrogación o no del personal actual, teniendo en cuenta el convenio en el que están dados de alta estos trabajadores.

RESPUESTA

Previamente, debe advertirse que la presente consulta rebasa en parte el ámbito propio de asesoramiento de la Oficina de Contratación Pública, al incidir sobre aspectos cuya regulación corresponde al Derecho laboral. En ese sentido, se recomienda que recabe información adicional acerca de cualquier cuestión de índole laboral, sometiéndose la opinión de la Oficina a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

Entrando en el fondo de la consulta, la base para responderla radica en el marco legal que rige la subrogación en materia de contratación pública. A este respecto, los tribunales administrativos de recursos contractuales mantienen un criterio común a la hora de considerar que la obligación de subrogación proviene exclusivamente de las fuentes del Derecho laboral y que su inclusión ex novo a través de los Pliegos constituye un vicio de nulidad de pleno Derecho. En esta línea, cabe citar el Acuerdo 72/2016, de 14 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante, TACPA), donde se dice que «la obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad. Es decir, cuando por convenio colectivo, o por previsión legal, se contempla la obligación de subrogación, los pliegos de la licitación pública deben, necesariamente, incluir tal previsión y tenerla en consideración a la hora de determinar el valor estimado del contrato. Es, en suma, una obligación laboral, pero indisponible por el pliego, pues las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, tal y como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Tal posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que permiten un mejor cumplimiento del contrato (Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, que admite incluso la subrogación “contractual”)».

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, regula este aspecto en el artículo 130, manteniendo todo lo expuesto anteriormente, de modo que hemos de atenernos principalmente al Derecho laboral para determinar de qué forma se producirá la subrogación.

Ya desde una vertiente laboral, la sentencia 873/2018 del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2018, constituye una referencia de gran utilidad, especialmente por haber introducido un giro en la jurisprudencia previa. 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, cuando un 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 serían las del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresa. Esto supondría, entre otras consecuencias, la subrogación 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 y la responsabilidad solidaria por las deudas laborales y de Seguridad Social del anterior empleador.

Sin embargo, los pliegos del contrato no pueden alterar el convenio aplicable a los trabajadores, como pusieron de manifiesto, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su acuerdo 107/2018, de 9 de noviembre, y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en resoluciones como la 40/2018, de 15 de febrero, o la 181/2018, de 14 de junio. Literalmente, se dice que «los pliegos no pueden exigir que se aplique un convenio colectivo determinado, sino que la cuestión del convenio colectivo aplicable a la relación entre la adjudicataria y los trabajadores viene determinada por la normativa laboral sin que los pliegos puedan alterar el régimen del convenio colectivo que resulte de aplicación».

Es decir, cuando por convenio colectivo, o por previsión legal, se contempla la obligación de subrogación, los pliegos de la licitación pública deben, necesariamente, incluir tal previsión y tenerla en consideración a la hora de determinar el valor estimado del contrato. Es, en suma, una obligación laboral, pero indisponible por el pliego, pues las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, tal y como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública.

Como se puede comprobar, la obligación o no de subrogar, así como las condiciones en las que se produce (número de trabajadores afectados, condiciones retributivas, etc) quedan fuera del margen de disposición de los órganos de contratación, a excepción de la propia existencia del objeto contractual que motiva la subrogación. A los órganos de contratación les corresponde seguir únicamente lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP.

En conclusión, en el caso consultado y tal y como se traslada desde el INAEM, el personal que en la actualidad presta el servicio pertenece al convenio “consultoría, estudios de mercado y de la opinión pública”, convenio que no recoge la subrogación en los contratos cuando se produzca cambio de empresa en la prestación de servicios a terceros, por tanto, en los pliegos de esta licitación no debería incluirse la previsión de subrogación como empleador en los contratos de trabajo del personal actual.

Esta opinión queda sometida a cualquier otra mejor fundada en Derecho.