

## **¿Es obligatoria la subrogación de los trabajadores del nuevo contrato de servicio público de recogida de residuos que se va a licitar?**

### **Planteamiento**

Actualmente se encuentra ejecutándose contrato de gestión del servicio público de recogida de residuos, adjudicado con arreglo a normativa anterior, el cual se encuentra vencido en su plazo de duración y prorrogado irregularmente.

Encontrándonos actualmente en la preparación del nuevo contrato nos surgen dudas sobre la obligatoriedad con arreglo a la legislación laboral de la subrogación de trabajadores en el nuevo contrato que se adjudique en el futuro.

Las características del servicio son la existencia de un convenio colectivo de empresa pero no existen medios materiales a traspasar a la nueva adjudicataria. Además, el convenio colectivo que firmó la empresa adjudicataria con los trabajadores contempla un incremento salarial que entrará en vigor cuando tenga lugar la nueva adjudicación, lo cual nos plantea el problema de que el PBL será con arreglo a los salarios actuales y el futuro adjudicatario deberá afrontar los incrementos previstos en el convenio, que además los consideramos completamente desorbitados.

A la luz de la actual jurisprudencia, ¿es obligatoria o no la subrogación de tales trabajadores?

### **Respuesta**

En relación con la obligación o no de subrogar a los trabajadores cuando se produce una nueva licitación de un servicio, tenemos que exponer cuál es el contenido de la figura de la subrogación conforme a la normativa laboral, en concreto el RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -ET/15-, en cuyo art. 44 se regula la sucesión de empresas.

Asimismo, deben estudiarse los requisitos fijados por la doctrina y la jurisprudencia para aplicar la subrogación y sobre los que ya hemos emitido consultas en anteriores ocasiones. Así, como hemos señalado en ellas, la sucesión de contratos administrativos puede producir, en determinadas circunstancias, la subrogación del nuevo contratista en la posición contractual del anterior, respecto de los trabajadores adscritos a la prestación, en el caso de no ser el mismo contratista. Esta subrogación contractual puede tener distintos orígenes:

- - Puede tener un origen legal, esto es, puede tratarse de una exigencia del citado art. 44 ET/15 por configurarse la sucesión de contratistas como una transmisión de empresa.
- - Puede tener un origen convencional, es decir, puede tratarse de una exigencia del convenio colectivo aplicable al nuevo concesionario.

- - Puede tener un origen “concesional”, esto es, puede tratarse de una exigencia del pliego de condiciones impuesto por la Administración concedente y más tarde convertido en parte del título concesional.
- - Puede tener un origen mixto, esto es, puede tratarse de una exigencia legal y/o convencional y/o concesional.

De esta forma nos queda claro que se trata de un concepto propio del derecho laboral, y que entrará en juego cuando se den los supuestos que la hacen aparecer, y no cuando lo estime el ayuntamiento, existiendo cada vez más pronunciamientos de los tribunales en ese sentido como veremos más adelante.

La doctrina que se fija sobre ese concepto de la sucesión de empresas la vemos en la Sentencia del TS de 27 de septiembre de 2018, en cuyos Fundamentos jurídicos 4º, 5º y sobre todo 7º se resume el posicionamiento del alto tribunal al respecto y cómo se conjuga con el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En dicha sentencia se analiza el concepto de entidad económica como elemento que al transmitirse puede provocar la sucesión de empresas y cómo la asunción de una parte significativa de la plantilla puede a su vez suponer dicha sucesión. Así se recoge en los siguientes párrafos del FJ 7º:

- *“B) El concepto de "entidad económica", de este modo, es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.*
- *En este aspecto consideramos que lo sustancial de nuestra doctrina viene ajustándose a lo que el TJUE exige: siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca.*
- *Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa.*
- *C) En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación.*
- *Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. Ni nuestra doctrina ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes.*
- *Por eso la sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial " siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas " (parte dispositiva de la STJUE de 11 julio 2018)."*

Es en definitiva un concepto laboral, que en la medida en la que se den las circunstancias expuestas se aplicará y en caso contrario no, sin que dependa de la voluntad de la administración, quien realmente no puede imponerlo en sus pliegos. Así lo vemos en la doctrina del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en resoluciones como la número **245/2022**, de 27 de abril de 2022, en la que se hace hincapié en que el órgano de contratación es ajeno a esas cuestiones:

- *“Sobre esta cuestión resulta especialmente aclaratoria la Resolución de este Tribunal 537/2021, de 10 de diciembre, donde se analiza esta cuestión. En la misma se cita la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 23 febrero de 2011, que afirma: «La subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en el correspondiente convenio colectivo, en cuyo caso deberá darse aplicación al artículo 104 de la Ley de Contratos del Sector Público (...)».*
- *En definitiva, se ha de concluir que la obligación de subrogación es una cuestión de Derecho Laboral sobre la que el órgano de contratación no tiene competencia alguna. Únicamente está obligado a informar de ello –las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados- en los pliegos conforme al art. 130 LCSP. En este sentido, no resulta correcta la obligatoriedad de subrogación y del mantenimiento de las condiciones de trabajo en los términos introducidos en el PCAP y en el PPT, dado que la subrogación deberá operar en los términos regulados en los convenios colectivos de aplicación siendo el PCAP ajeno a esta cuestión.”*

En definitiva, si el conjunto de trabajadores que venía prestando el servicio constituye una unidad productiva y reúne esas características expuestas, incluso aun cuando no se transmitan otros medios productivos al margen del personal, y según lo dispuesto en el convenio colectivo, se producirá la subrogación, pero no dependerá en modo alguno de la voluntad del ayuntamiento al ser un aspecto propio del derecho laboral.

En ese sentido, recomendamos la lectura de las consultas

- - Subrogación voluntaria por el ayuntamiento de personal de contrato de servicios: procedimiento y órgano competente
- - Licitación de la contratación del servicio de escuela infantil municipal: calificación del contrato y subrogación del personal

En el caso que se nos expone, a la vista de los datos que nos suministran, todo apunta a que se dan las circunstancias para la subrogación, pero en cualquier caso no es algo que pueda imponer el ayuntamiento, pero sí indicarlo conforme prevé el art. 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -LCSP 2017-.

Con respecto a la determinación del presupuesto base de licitación y de qué manera lo condicionan las retribuciones previstas, la LCSP 2017 establece en su art. 100.2 que en el

momento de elaborar el presupuesto base de licitación, los órganos de contratación cuidarán de que el mismo *“sea adecuado a los precios del mercado”*, y a tal efecto, *“el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*.

Y según el art. 102.3 LCSP 2017, los órganos de contratación deben cuidar *“de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”*, y en los servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deben considerarse *“los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”*.

Es cierto que existen resoluciones, como la del Tribunal Central 1464/2019, de 19 de diciembre, en la que se estudia qué convenio ha de aplicarse y aunque en esta ocasión opta por aplicar el convenio de empresa sobre el sectorial, el razonamiento que emplea es aplicable a la inversa puesto que en realidad defiende la posibilidad de aplicar por el contratista un convenio diferente, y concluye que la interpretación conjunta de los arts. 122 y 35 LCSP 2017, conduce a que la obligación que haya de figurar en los pliegos sea la de respetar las obligaciones salariales que resulten del convenio colectivo que se encuentre en vigor. Normalmente será el convenio colectivo sectorial, pero en los casos en que resulte de aplicación un convenio colectivo distinto, habrá que estar a las obligaciones salariales establecidas en éste.

Por ello, y así vimos en la consulta *“Contrato de servicios. Estudio económico del coste salarial de los trabajadores con objeto de determinar el presupuesto base de licitación”*, que debe utilizarse el convenio colectivo sectorial aplicable en el lugar de prestación de los servicios a la hora de calcular el presupuesto base de licitación. Como se manifiesta, por ejemplo, en el **Acuerdo 189/2020**, de 13 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPM):

- *“Como ha mantenido este Tribunal en anteriores ocasiones, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP, al fijar el importe de licitación de un contrato, pero no está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente, pues en tal caso, quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato.”*

Tal y como apuntan en su consulta, contemplar en los pliegos y en el estudio económico, para el cálculo del coste de la mano de obra, los futuros y previstos incrementos de los salarios de los trabajadores subrogados, puede suponer un coste desmesurado. Ese incremento de los costes salariales es un riesgo propio de los contratos de servicios a cargo del empresario, que pertenece al ámbito de la negociación colectiva laboral, lo cual deba ser valorado o considerado por el contratista en el momento de licitar al contrato administrativo, sin que la entidad contratante tenga que tener en cuenta un acontecimiento previsible como es la negociación colectiva pero que no se ha aprobado ni hecho efectivo en el momento de determinar el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato.

Igualmente resulta interesante el posicionamiento del Tribunal Central de Recursos en su Resolución 712/2020, de 19 de junio, acerca de la potestad discrecional para establecer el precio del contrato y el principio de control del gasto:

- *“Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órganos de contratación, cuando se debaten por los licitadores las mismas...” Como se desprende de la cita realizada, la determinación del precio del contrato queda amparada por el principio de la discrecionalidad técnica, gozando de presunción de acierto de que gozan las declaraciones de carácter técnico mencionadas.”*

En conclusión, como hemos defendido en anteriores consultas, creemos que ese incremento pactado a futuro y que condicionaría la licitación, no tiene por qué ser atendido a la hora de establecer el cálculo del PBL por los motivos expuestos y por coherencia con ese principio que vienen invocando los tribunales de que aquello que pertenece al derecho laboral no debe ser objeto de disposición por el órgano de contratación.

## **Conclusiones**

**1ª.** La forma en la que se presta el servicio de recogida de residuos se decidirá de forma discrecional y motivada por el ayuntamiento en el uso de sus facultades de autoorganización.

**2ª.** No siempre que se produce un cambio en quien presta el servicio se dan todas las circunstancias para considerar la subrogación de la plantilla y no debe forzarse la aparición de esta figura por parte del ayuntamiento, puesto que dependerá de si al supuesto de hecho concreto le resulta de aplicación la normativa laboral.

**3ª.** En el supuesto que nos ocupa, a nuestro juicio, parece que se dan las características definidas por la jurisprudencia para que tal subrogación se produzca.

**4ª.** Debe utilizarse el convenio colectivo sectorial aplicable en el lugar de prestación de los servicios, a la hora de calcular el presupuesto base de licitación del contrato de servicios.

**5ª.** Por ello, entendemos que no cabe contemplar en los pliegos y en el estudio económico, para el cálculo del coste de la mano de obra, los futuros y previstos incrementos de los salarios de los trabajadores subrogados, pues el incremento de los costes salariales es un riesgo propio de los contratos de servicios a cargo del empresario.