

Dictamen 43/05 (Ref. A.G. Entes públicos). No hay sucesión de empresas en el sentido del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores por el simple cambio de adjudicatario en una contrata. La libertad de pactos no ampara la cláusula de un pliego que impone la subrogación del nuevo contratista en el personal del contratista anterior. Este efecto sólo puede producirse a través de una norma laboral. No parece que la Directiva 2004/18/CE, al posibilitar la introducción de criterios sociales en la contratación pública, modifique estas conclusiones.

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la posibilidad de incluir, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares por los que se haya de regir la contratación de determinados servicios de la entidad pública empresarial X, una cláusula que permita la estabilidad en el empleo del personal destinado por las empresas contratadas a la prestación de tales servicios [...]

La primera de las cláusulas que X propone introducir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares sería del siguiente tenor:

«1º.— La entrada de la nueva empresa adjudicataria supone la sucesión en la actividad realizada por la anterior, en lo referente al servicio de información y atención al público.

En consecuencia, la empresa adjudicataria de este concurso tiene la obligación de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales de la anterior.

Así, la empresa contratista quedará obligada en los derechos y obligaciones laborales de la anterior, garantizando a los trabajadores que hayan venido prestando el servicio de información y atención al público... la antigüedad, la categoría profesional y retribuciones que viniera percibiendo, con la anterior contratista, así como los derechos y demás condiciones de trabajo que tuvieran reconocidas.

Asimismo, la nueva concesionaria se compromete a respetar y garantizar los derechos laborales de carácter colectivo que venían disfrutando los trabajadores y sus representantes.»

Esta primera propuesta consistiría en la introducción, en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares, de una cláusula de subrogación empresarial por sucesión de empresas, solución que, en opinión de este Centro Directivo, no se ajusta a la configuración del concepto de sucesión de empresas previsto en el Derecho comunitario, en el artículo 44 del Texto Refundido de Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET), ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así, en primer lugar, y por lo que al Derecho comunitario se refiere, cabe señalar que conforme a la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, modificada por la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio, para que exista traspaso de empresa, a los efectos de dicha Directiva, es preciso que éste afecte a «una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como conjunto de medios organizativos, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria» [artículo 2.1.b) de la citada Directiva].

Y, como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia de 17 de marzo de 1997, Caso Süzen, asunto C-13/1995), la Directiva no se aplica a un contratista «si la operación no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de la contrata».

En la sentencia de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-173/1996 y 247/1996), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara que la citada Directiva sería aplicable «siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una entidad económica, pues la mera circunstancia de que las prestaciones realizadas sucesivamente por el antiguo y el nuevo concesionario o adjudicatario de la contrata sean similares no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad».

En suma, el Derecho Comunitario exige, para que un supuesto se integre en el concepto técnico-jurídico de sucesión de empresas y, como tal, quede incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE (traspaso de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad), que exista una transmisión de una entidad económica entendida como un conjunto de medios organizativos destinados al desarrollo de la actividad económica de que se trate o, lo que es lo mismo, una transmisión del patrimonio empresarial que, en principio, no está presente en los supuestos de cambio de contratista en las contratas administrativas de servicios.

A la misma conclusión conduce el análisis de los requisitos necesarios para que exista sucesión de empresas conforme al Derecho español.

El artículo 44 del ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, (mediante la que se incorpora al Derecho español la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, que modificó la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero), dispone en su apartado 2 lo siguiente:

«A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizativos a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria».

La existencia de sucesión de empresas se supedita, en el artículo 44 del ET (al igual que en el Derecho Comunitario), a la existencia de una transmisión de un conjunto de medios organizativos destinados a la realización de la actividad económica empresarial. La mera sustitución de un empresario por otro en las contratas administrativas no implica, «per se», la existencia de una sucesión de empresas, si dicha sustitución o relevo del contratista no va acompañada de una transmisión, por parte del antiguo al nuevo contratista, del conjunto de medios organizativos que conforman la empresa. Y, no existiendo, en tales casos, sucesión empresarial, en el sentido técnico-jurídico al que se refiere el artículo 44 del ET, tampoco se produce el efecto propio de toda sucesión empresarial, cual es la subrogación automática del nuevo contratista en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior.

Finalmente, cabe añadir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo avala, como no podía ser de otra forma, las exigencias que el Derecho positivo impone en orden a la configuración del

concepto de sucesión de empresas, siendo reiterada la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que supedita la existencia de un supuesto de sucesión de empresas a la concurrencia de una transmisión al nuevo empresario de los elementos patrimoniales que configuran la organización empresarial del anterior. En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000 [...]

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo también se ha visto llamada a resolver, en ocasiones, acerca de la existencia o no de subrogación empresarial en los supuestos de relevo o sucesión de empresarios en las contrataciones administrativas, habiendo atendido al mismo criterio que la Sala de lo Social a efectos de delimitar el concepto legal de sucesión de empresas, pero considerando que los derechos reconocidos a los trabajadores en virtud del artículo 44 del ET son derechos de carácter laboral que han de invocarse ante la jurisdicción social, que es la competente para resolver a este respecto. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2001 [...]

A modo de recapitulación, cabe señalar que, a los efectos de sucesión de empresa del artículo 44 del ET, lo determinante es la existencia de una «transmisión de 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 accesoria», sin que, por tanto, exista sucesión de empresa cuando no haya transmisión de elementos patrimoniales, sino simplemente la asunción de una determinada actividad por un empresario con sus propios medios. Esto último es lo que sucede en los supuestos de cambio de adjudicatario en las contrataciones administrativas de servicios, en las que, por no existir transmisión de una unidad empresarial al nuevo contratista, sino tan sólo asunción por éste de la actividad que, constituyendo el objeto del contrato administrativo en cuestión, desarrollaba anteriormente otro adjudicatario en virtud de otro contrato, no cabe hablar de sucesión de empresas.

No concurriendo, en el supuesto que se examina (cambio de adjudicatario de determinados servicios contratados por X), una sucesión de empresas en el sentido técnico— jurídico al que se refiere el artículo 44 del ET, redactado conforme a las Directivas 77/187/CEE y 98/50/CE, no resulta ajustada a Derecho la primera de las cláusulas que se proponen en el documento adjunto al escrito de consulta, en la medida en que dicha redacción determinaría el establecimiento expreso, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de una sucesión de empresas (con los efectos de subrogación automática en los derechos y obligaciones de los trabajadores que la misma lleva aparejada, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del ET) que, por las razones indicadas, no concurre en los casos de relevo o cambio de adjudicatario de las contrataciones administrativas [...]

La segunda de las propuestas que, a fin de garantizar la estabilidad en el empleo, propone X, sería una cláusula del siguiente tenor:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, la nueva adjudicataria se compromete (o se obliga) a incorporar a su plantilla a todos los trabajadores de la anterior empresa contratista, que vinieran realizando el servicio de información y atención al público..., garantizándoles las condiciones profesionales y retributivas que venían disfrutando con la empresa anterior.

Asimismo, la nueva contratista se compromete a respetar los derechos laborales de carácter colectivo que venían aplicándose con anterioridad».

A diferencia de la primera de las propuestas examinadas (que resulta rechazable al establecer, como se ha indicado, una sucesión de empresas que, en puridad, no es tal), esta segunda propuesta no establece una cláusula de subrogación por sucesión empresarial, sino que se limita a imponer al contratista que resulte adjudicatario la obligación de subrogarse en las relaciones laborales de la anterior empresa contratista respecto a aquellos trabajadores de la misma que vinieran realizando el servicio que constituya el objeto del contrato en cuestión.

Esta segunda alternativa plantea la cuestión de si una cláusula que, como la indicada, imponga al contratista que resulte adjudicatario obligaciones de naturaleza laboral (la subrogación obligatoria en los derechos y obligaciones de los trabajadores del anterior contratista destinados al servicio que es objeto del contrato), puede formar parte de los pliegos de cláusulas administrativas particulares por los que se ha de regir la ejecución de dicho contrato administrativo. Y ello, se insiste, en ausencia de convenio colectivo que imponga tal subrogación empresarial en los casos de cambio de contratista. Dicho de otro modo, la propuesta a la que se refiere la consulta impondría «ex novo» (en ausencia de convenio colectivo que así lo establezca) la obligación del contratista que resulte adjudicatario de subrogarse en los derechos y obligaciones relativos a los trabajadores del anterior adjudicatario destinados a la prestación del servicio al que el contrato administrativo se refiera.

La puntualización anterior resulta relevante, por cuanto que, en la práctica administrativa, no es infrecuente que en ciertos pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluyan determinadas cláusulas que reproducen un sistema de subrogación empresarial que viene impuesto por el convenio colectivo aplicable al sector de actividad de que se trate, supuestos que también han sido recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (v.g., sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2001; 1 de junio de 2004; 13 de febrero de 2001; y 11 de junio de 2004; entre otras). Sin embargo, en los supuestos a los que se refiere la consulta la subrogación empresarial tendría su causa, no en una norma legal o convencional (convenio colectivo aplicable), sino directa y exclusivamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que apruebe la Administración con objeto de regular la ejecución de un contrato administrativo.

Pues bien, este Centro Directivo considera improcedente la inclusión, «ex novo», es decir, sin apoyo en un convenio colectivo de una cláusula de subrogación empresarial en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que haya de aprobar X, y ello con base en las consideraciones que seguidamente se exponen [...]

El principio de libertad de pactos que en el ámbito de la contratación administrativa consagra el artículo 4 de la LCAP («La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de una buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquélla») no justifica, a juicio de este Centro Directivo, la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares cualquier tipo de estipulación, cláusula o condición.

Si, como se ha indicado, el contenido propio de los pliegos es, según el artículo 49.1 de la LCAP, la definición del conjunto de derechos y obligaciones que asumen las partes en ejecución del contrato administrativo, difícilmente puede admitirse como contenido propio de dichos pliegos una cláusula que tenga por objeto regular determinados aspectos de las relaciones laborales del contratista con el personal del anterior adjudicatario o con el anterior contratista. Por su

naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la medida en que:

— Desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que, como se ha indicado, se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato, en la medida en que dicha cláusula supone, de facto, el establecimiento en un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato o el anterior contratista. La introducción de dicha cláusula en los pliegos supondría, en suma, una excepción a la regla general de que los contratos sólo producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos (artículo 1257 del Código Civil, aplicable supletoriamente al ámbito de la contratación administrativa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la LCAP), afectando a relaciones jurídicas «inter privados» en una materia que, como se indicará a continuación, resulta ajena al ámbito competencial de la Administración contratante.

— Desde un punto de vista objetivo, referido a la materia a la que dicha cláusula se refiere, la misma impone al contratista obligaciones de carácter laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato) que tienen un «contenido netamente laboral» y «que forman parte del status del trabajador», de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya citadas de 9 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999, y de 13 de febrero de 2001, entre otras muchas), siendo así que, como se ha indicado, el pliego de cláusulas administrativas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación jurídico-administrativa (contrato administrativo), escapando de su ámbito la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de muy diferente naturaleza y entre terceros, como son las relaciones de carácter laboral que median entre el empresario (adjudicatario) y los trabajadores a su servicio [...]

Dicho de otro modo, en ausencia de norma legal o reglamentaria, la determinación del contenido de la relación laboral corresponde exclusivamente a las partes de dicha relación, bien mediante una negociación individual cuyo resultado se plasme en el correspondiente contrato de trabajo, bien mediante una negociación colectiva de la que resulte un convenio colectivo, que es el «resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios» y «expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva» (artículo 82 del ET).

No parece admisible, en definitiva, que la determinación del contenido de la relación laboral pueda efectuarla la Administración o Entidad Pública contratante (tercero ajeno a la relación laboral) mediante un instrumento (los pliegos de cláusulas administrativas particulares) que, conforme al artículo 3 del ET, no pueden considerarse en ningún caso fuente de la relación laboral [...]

A modo de recapitulación, cabe señalar, en primer lugar, que la sucesión de empresas, —y la subrogación empresarial inherente a dicha sucesión de empresas—, concurrirá sólo en aquellos supuestos en los que, además de un cambio en la titularidad de la empresa, se produzca una transmisión del patrimonio empresarial a favor del nuevo contratista, requisito que no concurre

en los supuestos de sucesión o cambio de contratista en las contrataciones administrativas, y, en segundo lugar, que una subrogación empresarial desvinculada del fenómeno de sucesión de empresas ha de tener su origen en alguna de las fuentes de la relación laboral que enumera el artículo 3 del ET, fuente que, a falta de norma legal o reglamentaria, de uso o costumbre y de pacto individual, será el convenio colectivo, no pudiendo reconocerse virtualidad para regular elementos de la relación laboral a los pliegos de cláusulas administrativas particulares que dicte una Administración o entidad pública, ajena a esa relación laboral, en el ámbito, también ajeno al derecho laboral, de la contratación administrativa [...]

Por último, cabe señalar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se muestra contraria a la inclusión de cláusulas de subrogación como la que aquí se examina en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que aprueben las Administraciones Públicas. Así, en el informe 31/99, de 30 de junio de 1999, se examina «la inclusión, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de determinados contratos, de una cláusula que determine la obligación de la empresa adjudicataria a subrogarse en los contratos laborales del personal de la empresa que anteriormente prestaba el servicio» [...]

Resta examinar si la conclusión que resulta de las anteriores consideraciones pudiera quedar desvirtuada por lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, del Consejo y del Parlamento Europeo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (que sustituye y refunde las anteriores Directivas 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, y 93/97/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, suministro y obras, respectivamente, y que habrá de trasponerse al derecho español antes del 31 de enero de 2006), en la medida en que regula, como una de sus principales novedades, la posible introducción en los pliegos de criterios sociales [...].

De los Considerandos y preceptos anteriormente transcritos se desprende que la Directiva 2004/18/CE (cuyo plazo de transposición concluye el 31 de enero de 2006 y que todavía no es directamente aplicable a los Estados miembros), introducirá la posibilidad de exigir la aplicación de criterios sociales en la contratación administrativa.

Ello no obstante, y sin prejuzgar el desarrollo que de la citada Directiva se efectúe en el Derecho interno, no parece que el supuesto que se examina tenga encaje en la enumeración de las posibles aplicaciones de los criterios sociales que recoge el Considerando 33 («condiciones de ejecución del contrato que tengan por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente»), ni en los ejemplos que en dicho Considerando se citan al efecto («obligaciones —aplicables a la ejecución del contrato— de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional)». En este sentido, conviene precisar que, aunque el citado Considerando alude a «condiciones de ejecución del contrato que tengan por objeto... combatir el paro...», ello puede significar que toda medida que persiga tal finalidad tenga cabida, abstracción hecha de su trascendencia, naturaleza y efectos, en un pliego de cláusulas administrativas. Es razonable pensar que sólo tienen cabida aquellas medidas que, aun suponiendo un cierto límite o interferencia a la libertad de contratación de personal que

corresponde al empresario (adjudicatario del contrato), no tengan la entidad que hace preciso para su establecimiento el instrumento jurídico apropiado para ello (y distinto del pliego de cláusulas administrativas). Tal es precisamente lo que acontece con la cláusula de subrogación de que aquí se trata y que, fuera de los casos previstos en el artículo 44 del ET (y Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero), tiene como cauce natural y propio, habida cuenta de su importancia, la figura del convenio colectivo. No puede entenderse, a juicio de este Centro Directivo, que la pretensión de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, haya sido la de habilitar al pliego de cláusulas para establecer, al margen de las fuentes de la relación laboral, medidas de orden laboral de especial trascendencia, cuando, como más adelante se expondrá, la propia Directiva 2004/18/CE viene a remitirse al sistema de fuentes de la relación laboral vigente en cada Estado miembro. Por lo demás, el criterio que aquí se mantiene resulta confirmado por vía de los ejemplos que cita el Considerando 33 de la repetida Directiva que no alcanzan la entidad o importancia de una medida como la que se pretende implantar a través de un pliego de cláusulas, y al margen y con independencia de lo que disponga un convenio colectivo.

Se impone, por otra parte, la aplicación de «las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, nacionales y comunitarios, en materia de condiciones de trabajo y de seguridad en el trabajo que se ajusten al Derecho comunitario», siendo así que la redacción del artículo 44 del ET responde precisamente a la adaptación de la regulación española en materia de sucesión de empresas a las Directivas 77/187/CEE, de 14 de febrero, y 98/50/CEE, de 29 de junio.

En este sentido, el artículo 26 de la Directiva exige que las condiciones especiales de ejecución de carácter social que puedan exigir los poderes adjudicadores sean compatibles con el Derecho Comunitario, y el artículo 27 expresamente alude a la necesidad de informar de «las disposiciones en materia de protección y a las condiciones de trabajo vigentes en el Estado miembro, la región o la localidad en que vayan a realizarse las prestaciones», lo que representa una remisión al sistema de fuentes de la relación laboral existente en cada Estado miembro, fuentes que en el Derecho español, como ya se ha indicado, son únicamente las enumeradas en el artículo 3 del ET.

En definitiva, no parece que la posibilidad de introducir criterios sociales en la contratación pública a la que se refiere la Directiva 2004/18/CE permita que los poderes adjudicadores de los Estados miembros exijan en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares condiciones que, por su naturaleza, contenido y efectos, hayan de ser bien reguladas en normas legales o reglamentarias, bien acordadas por las partes de dicha relación laboral en uso de su autonomía de la voluntad individual o colectiva.