

8. CONTRATOS DE ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES. CLÁUSULAS DE ESTABILIDAD DE EMPLEO

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 AENA una cláusula que permita la estabilidad en el empleo del personal destinado por la empresas contratadas para la prestación de tales servicios*.

ANTECEDENTES

1. En el escrito de consulta se hace constar lo siguiente:

«Por parte de esta Entidad se viene contratando con empresas externas de manera habitual y repetitiva la prestación de determinados servicios, necesarios para el desarrollo de su actividad, y que suponen fundamentalmente la contratación de un número importante de personal, servicios de limpieza, de seguridad, de mantenimiento de instalaciones, de conducción de pasarelas, de atención al público, etc.

Dichas contrataciones están generando situaciones conflictivas, desde el punto de vista de la estabilidad en el empleo del personal destinado por las empresas contratadas a la prestación de tales servicios, dando lugar, incluso, a la convocatoria de huelga, en el momento en que se produce el relevo entre empresas.

Únicamente no se produce esta conflictividad en aquellos sectores de actividad que cuentan con Convenios Colectivos de carácter sectorial, en los que está pactada la subrogación del personal ante estas situaciones de relevo de empresas.

Para intentar paliar dichas situaciones, por parte de esta Entidad se está analizando la posibilidad de incluir en los Pliegos de Bases por los que se rigen estas contrataciones alguna cláusula que permita la estabilidad laboral, a cuyo efecto se han planteado dos propuestas de redacción, cuyas copias se acompañan, y que se centran, la primera, en imponer en los propios Pliegos la subrogación automática del personal, ante una situación de sustitución de empresa, y la segunda, en imponer

* Dictamen de la Abogacía General del Estado de 29 de junio de 2005 (ref.: A. G. Entes Públicos 43/05). Ponente: Raquel Ramos Vallés.

a la empresa entrante la obligación o compromiso de asumir al personal de la saliente, respetando sus derechos adquiridos.

[...]»

2. El escrito de consulta concluye solicitando la emisión de informe en los siguientes términos:

«No obstante, dada la relevancia de dicha actuación, se considera necesario recabar informe de ese Centro Directivo, en el que se analice no sólo su viabilidad legal desde el punto de vista del derecho laboral [...], sino también desde el punto de vista de la contratación pública a la que está sometida esta Entidad, y en especial respecto a las consecuencias que de la inclusión de dicha cláusula pudieran derivarse para AENA, en cuanto a posibles obligaciones futuras de asumir el personal de las empresas contratadas.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Se formula consulta acerca de la posibilidad de incluir, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares por los que se haya de regir la contratación de determinados servicios por la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), una cláusula que garantice la estabilidad en el empleo del personal que las empresas contratadas destinen a la prestación de tales servicios, en aquellos sectores de actividad en los que el convenio colectivo aplicable no imponga una subrogación del personal en los supuestos de relevo o cambio de contratista.

A tal efecto, acompaña AENA a su escrito de consulta dos propuestas de redacción de sendas cláusulas de garantía de estabilidad en el empleo, para su eventual inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares correspondientes. De acuerdo con lo solicitado en el escrito de consulta, procede examinar la adecuación a Derecho de ambas propuestas de redacción, tanto desde el punto de vista laboral como desde el punto de vista del Derecho Administrativo.

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

«1.º 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 (Salas VIP y de Autoridades).

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» [art. 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 cen-

8 tros 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 contrataciones 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 contrataciones 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, dictada en casación para la unificación de doctrina, examinando un supuesto de validez o no de una subrogación

en diversos contratos de trabajo impuesta en el pliego de condiciones a la empresa adjudicataria, declara lo siguiente: **8**

«En la STS 4.^a de 27 de diciembre de 1997, con cita en las de 5 de abril de 1993, 23 de febrero de 1994, 12 de marzo de 1996 y otras anteriores, se señala que “constituye requisito esencial en la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del ET, la transmisión de la titularidad, entendiéndose por tal concepto traslativo no sólo el cambio de titularidad nominativa de la empresa, sino también la transmisión al cesionario [...] de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación.” [...]

Así pues, conforme a la doctrina expuesta y la contenida en las demás resoluciones que han quedado citadas, sólo se produce la subrogación en los contratos merced a la imposición por el pliego de condiciones cuando haya habido verdadera “sucesión en la contrata”, entendida ésta como cambio de la titularidad del contratista, acompañada de la transmisión, por parte del antiguo al nuevo, de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización básica de la explotación. Cuando ello sucede, no es precisa la aquiescencia de los trabajadores para que opere la subrogación, pues así resulta de lo dispuesto en el artículo 44 del ET, que únicamente requiere la notificación del cambio a los empleados, bien por parte del cedente o bien por la del cesionario. Pero lo acaecido en el caso aquí enjuiciado no se corresponde con la expresada situación de hecho, porque no ha existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa contratista, ni menos aún transmisión al ulterior adjudicatario de la contrata de los elementos patrimoniales configuradores de la explotación del servicio adjudicado, con toda su infraestructura [...].

Siendo ello así, no resulta aplicable el citado artículo 44.1 del ET, y por ello el Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de aquella empleadora que continúa prestando la misma actividad en concurrencia con la nueva, porque el tratar de imponerles el paso de una empresa a otra supone una novación del contrato por cambio de empleador (deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y ello no puede hacerse sin el consentimiento de los acreedores en dichas obligaciones (art. 1.205 del Código Civil) [...]»

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 (Ar. 2067), declara lo siguiente:

«De acuerdo con una reiterada doctrina de esta Sala (como ya hemos señalado en sentencias de 8 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999), la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, relativa a la 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 empresas, en la redacción de la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, y los derechos reconocidos a los trabajadores por la Directiva 77/187/CEE, adaptada a nuestro ordenamiento por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo texto debemos sujetarnos, son unos derechos de contenido meta-mente laboral, que forman parte del *status* del trabajador y deben hacerse valer ante los órganos del orden jurisdiccional social, según lo establecido en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, pero a todo ello se une una razón fundamental para denegar la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues el automático traspaso de los trabajadores a la empresa que asume una nueva contrata no lo impone norma legal alguna, ni el derecho interno, ni el derecho comunitario. La transferencia sólo tendría lugar si concurren ciertos condicionamientos, que enlazan con las características del cambio empresarial, o con lo prevenido en alguna regla especial, por lo común incluida en un pacto colectivo.

a) En el derecho interno, el precepto directamente concernido es el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (sucesión de empresa). El precepto alude a un cambio de titularidad de la empresa, del centro de trabajo o de una unidad productiva y este Tribunal viene entendiendo que el fenómeno está precisado de la transmisión al nuevo empresario de elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Para que en esta mera sucesión de actividad se produzca además traslado de las relaciones laborales existentes en el momento, es necesario que lo imponga una norma sectorial eficaz, hoy Convenio colectivo [...].»

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 accesorio», 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 AENA), 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 art. 44 del ET) que, por las razones indicadas, no concurre en los casos de relevo o cambio de adjudicatario de las contratas administrativas.

III. Determinada, en los términos anteriores, la improcedencia de incorporar a los pliegos de cláusulas administrativas particulares que apruebe AENA una cláusula de estabilidad de empleo que imponga una subrogación empresarial por sucesión de empresas, procede examinar la segunda de las redacciones que, con el mismo fin, propone AENA introducir en los referidos pliegos.

La segunda de las propuestas que, a fin de garantizar la estabilidad en el empleo, propone AENA, 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

8 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. gr., sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2001, art. 2.067; 1 de junio de 2004, art. 3.676; 13 de febrero de 2001, art. 1.819; y 11 de junio de 2004, art. 5.170; 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 AENA, y ello con base en las consideraciones que seguidamente se exponen:

1. Extralimitación de las cláusulas de subrogación empresarial respecto al contenido propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares son documentos administrativos en los que se incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes en el contrato, considerándose las cláusulas de dichos pliegos parte integrante de los contratos (art. 49.1 y 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio –TRLCAP–).

El artículo 67 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP) dispone, con carácter general, en su apartado 1 que «los pliegos de cláusulas administrativas particulares contendrán aquellas declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y forma de adjudicación, las que se considere pertinente incluir y no figuren en el pliego de cláusulas administrativas generales que, en su caso, resulte de aplicación, o estén en contradicción con alguna de ellas y las que figurando en el mismo no hayan de regir por causa justificada en el contrato de que se trate». Y enumera en su apartado 2 las menciones míni-

mas que, con carácter general, habrán de contener todos los pliegos de cláusulas administrativas particulares, sin perjuicio de las menciones específicas que resulten aplicables a cada uno de los contratos típicos conforme a lo dispuesto en sus apartados 3 a 6.

De los preceptos citados se desprende que los pliegos de cláusulas administrativas particulares tienen como contenido propio la regulación del conjunto de derechos y obligaciones que asumirán las partes (Administración Pública contratante y empresario que resulte adjudicatario) en la ejecución del correspondiente contrato administrativo.

El principio de libertad de pactos que en el ámbito de la contratación administrativa consagra el artículo 4 del TRLCAP («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 del TRLCAP, 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 (art. 1.257 del Código Civil, aplicable supletoriamente al ámbito de la contratación administrativa de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7 del TRLCAP), afectando a relaciones jurídicas *inter privatos* en una materia que, como se indicará a continuación, resulta ajena al ámbito competencial de la Administración contratante.

8 – 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.

2. Imposición unilateral por la Administración de una cláusula de subrogación empresarial sin respetar el cauce de la negociación colectiva.

En ausencia de convenio colectivo que expresamente imponga una subrogación empresarial en el concreto ámbito de actividad al que se refiera el contrato administrativo en cuestión, no parece admisible que la Administración contratante (sujeto ajeno a las relaciones laborales entre contratistas y empleados de éstos) pueda imponer dicha subrogación empresarial mediante la inclusión de una cláusula al efecto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Y ello por cuanto que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del ET –que lleva por rúbrica «Fuentes de la Relación laboral»–, los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan únicamente: «a) por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado; b) por los convenios colectivos; c) por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo [...] d) por los usos y costumbres locales y profesionales». Siendo las anteriores las únicas fuentes de la relación laboral, no parece admisible que una Administración o Entidad Pública en quien recaiga la condición de ente contratante, o de poder adjudicador del Derecho Comunitario, pueda, siendo ajena a la relación laboral existente entre los contratistas y sus empleados, imponer derechos u obligaciones de carácter laboral a través de unos pliegos que están llamados a regular la ejecución de los contratos administrativos que celebre.

En ausencia de norma legal o reglamentaria del Estado y a falta de usos o costumbres aplicables, corresponde a las partes de la relación laboral establecer las condiciones de la misma, bien en el contrato individual, ejerciendo, dentro de los límites legales, su libre autonomía de la volun-

tad, bien en el correspondiente convenio colectivo y en uso de la autonomía colectiva que en su favor reconoce la legislación social.

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» (art. 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.

3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Aunque, como se ha indicado, la mayor parte de los pronunciamientos del Tribunal Supremo se refieren a supuestos en los que los pliegos se limitan a recoger una cláusula de subrogación impuesta por el convenio colectivo en cada caso aplicable, de dicha doctrina cabe extraer una serie de conclusiones aplicables al supuesto al que se refiere el presente informe (inclusión de una cláusula de subrogación empresarial en los pliegos en ausencia de previsión al respecto en el Convenio colectivo aplicable).

Como declara el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 13 de febrero de 2001, «este resultado (el automático traspaso de los trabajadores de la anterior contratista a la empresa que asume una nueva contrata) no lo impone norma legal alguna, ni en el derecho interno, ni en el derecho comunitario. La transferencia sólo tendría lugar si concurren ciertos condicionamientos, que enlazan con las características del cambio empresarial, o con lo prevenido en alguna regla especial, por lo común en un pacto colectivo». Y añade:

«El precepto (se refiere al art. 44 del ET) alude a un cambio de titularidad de la empresa, del centro de trabajo o de una unidad productiva. Este Tribunal viene entendiendo que el fenómeno está precisado de la transmisión al nuevo empresario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Cosa que, por lo común, no concurre cuando se trata de una mera sucesión en la actividad contratada [...]. Para que en esta mera sucesión de actividad se produzca además traslado de las relaciones laborales existentes en el momento, es necesario que lo imponga una norma sectorial eficaz, hoy Convenio colectivo [...]. Así se ha dicho en las sentencias antes citadas de esta Sala de 10 de diciembre de 1997 y 9 de febrero de 1998, más las que en ellas se mencionan.»

8 Entiende el Tribunal Supremo, en definitiva, que en los supuestos de sucesión o relevo de contratistas en las contrataciones administrativas no existe un fenómeno de sucesión de empresas del artículo 44 del ET, por cuanto que no se produce la necesaria transmisión de elementos patrimoniales empresariales que es consustancial al concepto legal de sucesión de empresas y, en consecuencia, no cabe entender que se produzca, en los aludidos supuestos (sucesión o relevo de contratistas en las contrataciones administrativas), el efecto de subrogación empresarial propio de la sucesión de empresas regulada en el art. 44 del ET. Pero añade que tal efecto (la subrogación empresarial) sólo se producirá cuando así lo imponga «una norma sectorial eficaz, hoy Convenio colectivo», apreciación que resulta coherente con la ordenación de fuentes del derecho laboral a que se refiere el artículo 3 del ET.

En la sentencia de 11 de junio de 2004 (Ar. 5170), declara el Tribunal Supremo lo siguiente:

«Un contrato administrativo, como el de aquí se trata, para que un particular explote como empresario autónomo una actividad o servicio de cafetería en el edificio de la Administración pública, en principio únicamente obliga a esta última a permitir al concesionario esa explotación y a entregarle los elementos personales o patrimoniales que así se hayan estipulado en el correspondiente contrato administrativo.

Las responsabilidades laborales y de Seguridad Social que puedan corresponder en relación a la plantilla laboral que empleó el anterior concesionario es una cuestión ajena al contrato administrativo, que se rige por la legislación laboral y compete decidir a los órganos de la jurisdicción social. Es esta última la que en concreto habrá de resolver si el cambio de concesión comporta la sucesión de empresa que lleva inherente la subrogación en las obligaciones laborales y de Seguridad Social, cuáles han de ser los términos de esa subrogación y quiénes han de soportarla.»

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», y a este respecto declara lo siguiente la Junta Consultiva:

«Ante todo, en cuanto a la cuestión que se suscita –posibilidad de incluir en los pliegos la subrogación en relaciones laborales–, debe afirmarse que no se trata de una cuestión de contratación administrativa, sino de una cuestión afectante a las relaciones laborales de las empresas que no puede ser resuelta con aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sino con la aplicación de la legislación laboral vigente, pues tratándose de la subrogación de una empresa adjudicataria de un contrato con la Administración en los contratos laborales de la empresa que anteriormente venía ejecutando el contrato es evidente que la solución afirmativa o negativa a tal posibilidad debe derivarse de la legislación laboral, sin que sea factible, como parece pretenderse, establecer tal posibilidad sólo para la Universidad de Alicante, no para todos los órganos de contratación, para determinados contratos de servicios, no todos los contratos de la Universidad, y mediante la inclusión de las oportunas prevenciones en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos Convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares, pues la posibilidad de subrogación en relaciones laborales no puede configurarse ni como requisito de capacidad o solvencia, ni como criterio de adjudicación del contrato, extremos que son los que deben ser objeto de determinación en los citados pliegos de cláusulas administrativas particulares.»

5. Derecho comunitario.

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

8 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.

En este sentido, el Considerando 33 de la citada Directiva 2004/18/CE declara que:

«Las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener 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. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las 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.»

Y añade en su Considerando 34 lo siguiente:

«Las Leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como comunitarios, vigentes en materia de condiciones de trabajo y de seguridad del trabajo se aplicarán durante la ejecución de un contrato público, siempre que dichas normas, así como su aplicación, se ajusten al derecho comunitario [...].»

De acuerdo con ello, dispone el artículo 26 de la Directiva que:

«Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.»

Por su parte, el artículo 27 de la Directiva de continua referencia establece que:

«1. El poder adjudicador podrá señalar, o ser obligado a señalar por un Estado miembro, en el pliego de condiciones, el organismo y organismos de los que los candidatos o licitadores pueden obtener información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a 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 y

[...]».

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 los 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 aluda 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 importan-

8 cia 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.

En atención a todo lo expuesto, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. De acuerdo con las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico II del presente informe, no procede la incorporación a los pliegos de cláusulas administrativas particulares que apruebe la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea de una cláusula en la que se imponga la existencia de una sucesión empresarial en los supuestos de cambio de contratista, pues dicha cláusula 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 la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

que exigen para que concurra una sucesión de empresas no sólo un mero cambio de titularidad, sino la transmisión al nuevo contratista de un conjunto de elementos empresariales organizados, transmisión que, en principio, no concurre en los supuestos de cambio de contratista en las contrataciones administrativas de servicios. **8**

Segunda. De acuerdo con lo indicado en el fundamento jurídico III de este informe, tampoco procede la incorporación a los pliegos de cláusulas administrativas que apruebe AENA de una cláusula en la que se imponga al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en los derechos y obligaciones que el anterior contratista tuviere respecto del personal destinado a la prestación del servicio que constituya el objeto del contrato.