

Subrogación contractual vía convencional y posterior detección de la falta de titulación del trabajador requerida en el pliego de condiciones: despido procedente por ineptitud sobrevenida.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *El Tribunal Supremo reconoce, en este recurso de casación para la unificación de doctrina, que es procedente el despido que la empresa entrante lleva a cabo en la persona del trabajador que acaba de ser subrogado cumpliendo lo previsto en el convenio colectivo. La razón es que el trabajador carece de la titulación exigida en el pliego de condiciones de la contrata, aunque se acredita una experiencia de cinco años en el puesto con la empresa saliente.*

Palabras clave: *Despido. Ineptitud sobrevenida. Subrogación. Titulación. Capacitación.*

Abstract: *The Supreme Court recognizes, in this appeal for the unification of doctrine, that the dismissal that the incoming company carries out in the person of the worker who has just been subrogated is appropriate, complying with the provisions of the collective agreement. The reason is that the worker lacks the qualifications required in the specifications of the contract, although five years of experience in the position with the outgoing company is accredited.*

Keywords: *Dismissal. Sudden ineptitude. Subrogation. Degree. Training.*

I. Introducción

Se resuelve en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina la denuncia de un trabajador que, tras haber sido subrogado por la nueva empresa adjudicataria de la concesión administrativa para la prestación del servicio público de gestión integral de centros de acogida temporal a familias con menores y/o mujeres solas y migrantes en situación de vulnerabilidad o emergencia social, del que es titular el Ayuntamiento de Madrid, es, posteriormente, despedido por “ineptitud sobrevenida”.

Al tiempo de la subrogación la empresa saliente no facilita a la entrante la titulación de los trabajadores subrogados, sino tan solo su listado y sus nóminas. Una vez operada la subrogación, la empresa comprueba que el trabajador demandante, que según los hechos probados ocupa el puesto de trabajo de Gobernante/Técnico de integración social, no está en posesión de la titulación profesional de técnico de integración social, auxiliar de servicios sociales o similar, exigida para desempeñar esas funciones. En tal circunstancia, la empresa entrante formula una consulta al Ayuntamiento de Madrid sobre la posibilidad de mantener al trabajador en el desempeño de las tareas, teniendo en cuenta que éste acredita una experiencia de

cinco años y pese a que no dispone de la titulación necesaria. El Ayuntamiento rechaza esa posibilidad, remitiéndose a las condiciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas y técnicas de la contrata, en el que se exige que el trabajador haya de ostentar aquella titulación profesional.

El Alto Tribunal concluye que no aparece fraude y que se ha cumplido lo previsto en el art. 13º del convenio colectivo aplicable, que obliga a la subrogación de los trabajadores, aunque tras la subrogación -operada válidamente por la empresa entrante- se haya despedido “por ineptitud sobrevenida” al recurrente. El trabajador no tiene la titulación requerida, y de ello se da cuenta la empresa entrante después, por lo tanto, sí sería aplicable el art. 52.a) ET, lo que implica que el despido debe ser declarado procedente.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 306/2023, de 25 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 1931/2022.

ECLI: ES:TS:2023:1827

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

José Manuel es trabajador indefinido en GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL, empresa dedicada a la actividad económica de prestación de todo tipo de servicios sociales, educativos, sociosanitarios, socioeducativos y/o psicosociales desde el 1 de enero de 2021, con antigüedad reconocida por subrogación desde el 3 de diciembre de 2015, ocupando el puesto de Gobernante/Técnico de Integración social. José Manuel había prestado servicios previamente en el albergue municipal “Mejía Lequerica”, para la Comisión Española de Ayuda al Refugiado.

De acuerdo con el pliego de condiciones suscrito entre GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL y el Ayuntamiento de Madrid, el servicio objeto de la contratación requiere una plantilla de 24 trabajadores y la plantilla subrogada consta de 20 trabajadores, de los cuales dos se niegan a ser subrogados y, de dichos puestos, siete son de técnicos de integración social. Según el pliego de prescripciones técnicas de la contrata, el puesto de técnico de integración social/auxiliar de servicios sociales exige titulación de técnicos de integración social, auxiliar de servicios sociales o similar, con experiencia en el desarrollo de funciones similares. No obstante, al tiempo de producirse la subrogación de trabajadores no se facilita a GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL la titulación de los trabajadores subrogados sino, únicamente, la lista de trabajadores y una nómina.

GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL asume la plantilla por subrogación y posteriormente se percata de que José Manuel y otro trabajador no están en posesión de la titulación requerida para desempeñar el puesto de técnico de integración social, aunque sí acreditan ambos una experiencia de cinco años; la empresa consulta entonces al Ayuntamiento de Madrid sobre la posibilidad de mantener a José Manuel en el desempeño de tales funciones, pero el Ayuntamiento de Madrid lo rechaza al ser dicha titulación una exigencia contenida en el pliego de cláusulas administrativas y técnicas de la contratación.

Es entonces cuando la empresa GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL comunica a José Manuel la extinción de su contrato, un despido objetivo basado en la

ineptitud sobrevenida que afecta a su capacitación profesional para desarrollar tal puesto de trabajo, debido a la falta de titulación para su desempeño, ex. art. 52.a) ET. José Manuel percibe mediante transferencia la liquidación que incluye el preaviso y la indemnización, calculada en la suma de 4.871,51 euros. Junto a José Manuel la empresa despide a otros nueve trabajadores mediante despidos objetivos por ineptitud sobrevenida y/o por causas organizativas y, tras interponerse las correspondientes demandas, algunos de estos despidos se declaran improcedentes y otros procedentes^[1].

José Manuel demanda a GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL por despido y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, de 21 de junio de 2021, desestima la demanda y declara la procedencia del despido, con absolución de la empresa demandada. Dicha Sentencia es posteriormente recurrida ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y la Sentencia nº 883/2021, de 21 de diciembre^[2], estima el recurso de suplicación, revoca la Sentencia recurrida y declara la improcedencia del despido.

Entiende el Tribunal que no existe ineptitud sobrevenida alguna porque el trabajador no ha perdido la capacidad necesaria para el desempeño de su puesto de trabajo dado que dicho puesto se ha detentado, desde hace cinco años, en las mismas circunstancias ahora exigidas y porque no puede afectar a la relación laboral las condiciones establecidas en los pliegos administrativos que no están contempladas en el convenio colectivo de aplicación que regula la sucesión empresarial.

IV. Posición de las partes

La empresa denuncia la infracción del art. 52. Letra a) ET, para sostener que sí concurren los presupuestos legales que habilitan para la extinción de la relación laboral por ineptitud sobrevenida, tras operar una subrogación de personal en el marco de una contrata con la Administración pública en la que el pliego de prescripciones técnicas exige una determinada titulación profesional a los trabajadores que anteriormente no requería.

El trabajador demandante, por su parte, alega en el escrito de impugnación que el convenio colectivo impone la obligación de subrogarse en la relación laboral en las mismas condiciones existentes con la anterior concesionaria del servicio, y ello no puede quedar alterado por lo que disponga el pliego de condiciones de la contrata.

El Ministerio Fiscal informa a favor de la estimación del recurso ya que sostiene que el pliego de prescripciones técnicas de la concesión administrativa exige que el trabajador disponga del título de técnico de integración social del que el demandante carece.

V. Normativa aplicable al caso

- Artículo 52º del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Extinción del contrato por causas objetivas. El contrato podrá extinguirse:

- *Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.*
- Artículo 13º del Convenio colectivo estatal de acción e intervención social

SUBROGACIÓN .1. Principio general. Las partes firmantes del presente Convenio con el fin de dar cumplimiento a los principios de estabilidad y calidad del empleo de los trabajadores y trabajadoras del sector, acuerdan establecer un mecanismo de subrogación empresarial, por o para quien suceda y/o capte parte de la actividad de otra organización, en los supuestos y condiciones que se detallan a continuación...El cambio de titularidad en el contrato de prestación de servicios o fórmula jurídica

equivalente, suscrito entre las entidades y/o empresas afectadas por el presente Convenio y los destinatarios de dicho servicio o clientes comporta que la nueva entidad y/o empresa adjudicataria del servicio o continuadora de la actividad, se subrogue en los derechos y obligaciones que el anterior tenía con respecto a sus trabajadores y trabajadoras, y socios y socias trabajadores y trabajadoras cooperativistas.

VI. Doctrina básica

La empresa formaliza, entonces, el presente recurso de casación para unificación de doctrina, aportando como Sentencia contradictoria la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de noviembre de 2021^[3]. El presente recurso se dirige a resolver si la nueva empresa adjudicataria de un servicio público puede extinguir la relación laboral por ineptitud sobrevenida al amparo del art. 52.a) ET, una vez que se ha subrogado en los trabajadores de la anterior concesionaria y constata que dichos trabajadores no disponen de la titulación requerida para el desempeño del puesto de trabajo, para lo que se indaga si esta situación se encuadraría dentro del concepto de la ineptitud sobrevenida que se contempla en el art. 52.a) ET. No obstante, antes de adentrarse en ello, se resuelve que sí aparece la contradicción entre la Sentencia recurrida y la presentada como contraste.

1. La existencia de contradicción entre los pronunciamientos

La Sala da una respuesta positiva a la existencia de contradicción dado que la Sentencia referencial trata de otra trabajadora de la misma empresa y del mismo centro de trabajo sobre la que opera idéntica subrogación empresarial tras la adjudicación a la recurrente de la concesión administrativa para la gestión del servicio, una trabajadora que, igualmente, carece también de la titulación expresada en el pliego de prescripciones técnicas. Ocurre asimismo que la empresa extingue el contrato de esta otra trabajadora por ineptitud sobrevenida; no obstante, a diferencia de la Sentencia recurrida, la Sentencia de contraste desestima la demanda por despido y declara el cese ajustado a derecho, al entender que concurren los presupuestos y condiciones jurídicas que permiten esa modalidad de extinción contractual. Se trata, por tanto, de situaciones fácticas absolutamente coincidentes, situaciones a las que se aplican doctrinas contradictorias que deben ser unificadas.

2. La noción de ineptitud sobrevenida incluye los supuestos de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo

El punto de partida, sostiene el Alto Tribunal, no puede ser otro que lo dispuesto en el art. 52.a) ET, precepto de donde debe destacarse un elemento de singular importancia que no es otro que el que se exija que la ineptitud haya de ser desconocida por la empresa en el momento de inicio de la relación laboral, o que ésta aparezca de forma sobrevenida con posterioridad al comienzo de la misma y a la finalización, en su caso, del período de prueba.

Seguidamente se alude a la doctrina judicial que ha venido interpretando a qué hace referencia la ineptitud sobrevenida que recoge el mentado precepto y se aboga claramente por una interpretación amplia.

Para ello, se trae a colación algunos pronunciamientos del Alto Tribunal, partiendo de la doctrina sentada en la STS 177/2022, de 23 de febrero^[4], Sentencia en la que se destaca que, dentro del concepto de ineptitud, cabe también la ausencia o la falta de una condición legal o requisito específico, como puede ser la pérdida de una autorización o de un título habilitante para el ejercicio de la actividad, como la privación del permiso de conducir cuando éste sea exigible conducir para el ejercicio del puesto de trabajo.

Y se recuerda, a continuación que, por lo que se refiere a la ineptitud sobrevenida derivada de la falta de una condición legal, requisito específico, autorización o título habilitante para el ejercicio de determinada actividad, son bastantes las Sentencias de la Sala IV que han tratado esta materia, admitiendo que la empresa sí puede acogerse

a esta modalidad de extinción de la relación laboral si el trabajador pierde o carece de las titulaciones o autorizaciones administrativas necesarias para el desempeño de la actividad. Esto es lo que se concluye, así, en la STS 642/2021, de 23 de junio^[5], en la que se sostiene que ésta es la causa de extinción del contrato de trabajo que debe arbitrarse en los casos del trabajador extranjero que pierde la autorización administrativa para trabajar y residir en España, en la medida en que esa circunstancia imposibilita la continuación del contrato de trabajo, sin que a la vez pueda negarse que se trata de un supuesto en el que la causa de la resolución es ajena a la empresa^[6].

A renglón seguido, se añade a lo anterior que dicha consolidada doctrina jurisprudencial en la materia es la que debe prevalecer frente al puntual y restrictivo criterio que, aisladamente, se expresa en la STS de 2 de mayo de 1990, pronunciamiento en el que se define la ineptitud sobrevenida como una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc., y en el que se concluye que no se incluyen dentro del concepto de ineptitud los supuestos de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo.

VII. Pasajes decisivos

A juicio de la Sala la empresa sí ha cumplido fielmente con la obligación de subrogación que le impone el Convenio Colectivo, integrando en su plantilla a los trabajadores destinados en el centro de trabajo a los que afecta el cambio de concesionario, asumiendo la relación laboral de todos ellos y consumando, de esta forma, la subrogación del convenio colectivo a la que se remite el pliego de condiciones administrativo.

El trabajador pretende que se declare la improcedencia del despido al entender que la empresa habría contravenido lo dispuesto en el convenio colectivo y habría obrado en fraude de ley por admitir formalmente la subrogación para despedir, posteriormente, al trabajador y vaciar, así, de contenido esa obligación. No obstante, sostiene el Alto Tribunal que no hay el menor indicio de ello porque la empresa sí intenta conseguir del Ayuntamiento la autorización para mantener al trabajador en su puesto de trabajo pese a no disponer de la titulación exigida para su desempeño, invocando para ello la constatada experiencia profesional adquirida en los cinco años de ejercicio de esa actividad, lo que le es expresamente denegado por la Administración al no admitir que esa trayectoria profesional pudiese suplir la carencia del título. Por tanto, la subrogación convencional opera, con todas sus consecuencias jurídicas, sin que la empresa ponga el menor reparo en la asunción de esa obligación.

Tampoco aparece un conflicto entre la obligación de subrogación del convenio colectivo y la ausencia de titulación profesional el trabajador.

La doctrina del Alto Tribunal acerca de la subrogación convencional^[7] exige a la empresa entrante de esa obligación cuando el trabajador carece de la autorización administrativa necesaria para el desempeño del puesto de trabajo, por tratarse de un requisito esencial que "afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre trabajador y empresario, por lo que a la adjudicataria entrante respecta, que no puede verse compelida a efectuar el servicio con trabajadores carentes de los requisitos legalmente exigidos para el desarrollo de la específica actividad, con independencia de que conste que ya posee en su plantilla personal afectado por la misma irregularidad, circunstancia que no puede servir para imponerle la perseverancia en un *modus operandi* carente de acomodo legal".

Pero en este caso la empresa sí ha subrogado pacíficamente en el trabajador que carece de la habilitación profesional necesaria, por lo que no cabe oponer tacha de legalidad alguna a su actuación, puesto que, efectivamente, sí incorpora a su plantilla a los trabajadores de la anterior concesionaria desde el momento mismo en el que se hace cargo de la concesión administrativa. Y es, una vez operada la sucesión, cuando el trabajador ya forma parte de la plantilla de la empresa, y cuando se conoce que éste

no dispone de la titulación profesional necesaria para el ejercicio de esa actividad, es cuando la empresa activa el despido por causas objetiva tras haber intentado infructuosamente conseguir la autorización del Ayuntamiento para mantener al trabajador en su puesto.

Dicho proceder evidencia la inexistencia de cualquier atisbo de fraude de ley y acredita que la empresa ignora la falta de titulación en el momento de la subrogación, porque el art. 13.1 del Convenio Colectivo, al enumerar el listado de documentación que la concesionaria saliente ha de facilitar a la entrante, no le impone la obligación de entregar la relativa a la titulación profesional de cada uno de los trabajadores.

La ineptitud no es, por lo tanto, conocida en el momento de iniciarse la relación laboral entre las partes. Además de que, como puede desprenderse del contenido de la sentencia recurrida y de la referencial, se trata de una circunstancia sobrevenida, porque esa titulación profesional no era anteriormente exigida cuando la empresa saliente ostentaba la concesión del servicio. Se cumplen, por tanto, los requisitos del art. 52 letra a) ET para activar esa clase de extinción de la relación laboral.

Finalmente, acerca de si concurre la causa de ineptitud derivada de la falta de la titulación profesional exigida para el desempeño de las funciones correspondientes al puesto de trabajo, el trabajador alega que no concurre la ineptitud porque lleva cinco años realizando esas funciones con total normalidad sin que se haya producido merma alguna de sus habilidades para el adecuado desarrollo de la actividad, acogiéndose al concepto restrictivo de ineptitud que expresa la STS de 2 de mayo de 1990.

Es decir, no discute el demandante la validez y eficacia de esa exigencia legal de titulación, sino que pretende que prevalezca su acreditada experiencia de cinco años en el desarrollo del trabajo como prueba de que reúne las capacidades y conocimientos profesionales necesarios para el desempeño del puesto de trabajo.

Superada esa concepción en los términos expuestos, no se trata de que el trabajador haya sufrido una disminución de su capacidad laboral que le haga perder la aptitud para el desempeño del puesto de trabajo, sino de que ahora rige la exigencia de una titulación profesional de la que carece, desconocida por la empresa y que anteriormente era inexistente.

VIII. Parte dispositiva

Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de igual clase formulado por el demandante, para confirmar en sus términos la sentencia de instancia y declarar su firmeza.

IX. Comentario

José Manuel ha prestado servicios en el albergue municipal “Mejía Lejerica” para la Comisión Española de Ayuda al Refugiado durante cinco años; después de ello, cuando el Ayuntamiento de Madrid otorga la concesión de la prestación de este servicio a otra empresa -GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL- ésta queda obligada a subrogar al personal que estaba prestando servicios en dicho albergue municipal, en cumplimiento de lo previsto en el art. 13º del Convenio colectivo estatal de acción e intervención social, una subrogación que, efectivamente, se lleva a cabo en los términos establecidos en dicho precepto convencional. La demanda del trabajador se presenta al entender que la empresa, al despedirle tras la subrogación, habría dejado sin efectos ésta, lo que supondría un fraude de ley pues al obedecer al pliego de condiciones de la contrata se estaría actuando en contra de lo previsto en el convenio colectivo; no obstante, el Alto Tribunal resuelve que la actuación de la empresa relacionada con dicha subrogación es correcta. Y realmente la subrogación - que viene directamente exigida por el art. 13º del CC estatal de acción e intervención social- ha operado, en esta ocasión, con todas sus consecuencias jurídicas, por lo que, a ese respecto, ningún reparo podría hacerse a la actuación de la mercantil.

Es, no obstante, después, cuando sí podría haberse puesto reparos a la actuación de la empresa porque, dado que el concepto de ineptitud sobrevenida -y no conocida previamente a la contratación- va más allá de la pérdida de las capacidades personales -físicas o psíquicas- del trabajador y alcanzaría hasta los supuestos de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo, podría no quedar suficientemente claro si, en este peculiar supuesto, el puesto de trabajo que está siendo ocupado por el trabajador debiera, o no, exigir la titulación a la, según la empresa, se refiere el pliego de condiciones.

El Alto Tribunal parece referirse a ello cuando señala que:

“(...) no discute el demandante la validez y eficacia de esa exigencia legal de titulación, sino que pretende que prevalezca su acreditada experiencia de cinco años en el desarrollo del trabajo como prueba de que reúne las capacidades y conocimientos profesionales necesarios para el desempeño del puesto de trabajo.

Superada esa concepción en los términos que ya hemos expuesto, no se trata de que el trabajador haya sufrido una disminución de su capacidad laboral que le haga perder la aptitud para el desempeño del puesto de trabajo, sino de que ahora rige la exigencia de una titulación profesional de la que carece, desconocida por la empresa y que anteriormente era inexistente. “

Así, un tema que no se ha abordado sería, en este caso, si esa exigencia de titulación del pliego de condiciones de la contrata haría aparecer, o no, la “noción de ineptitud” a la que alude el art. 52 a) ET en el concreto puesto de trabajo que tiene el trabajador, algo que no parece quedar suficientemente claro, pero que, al no discutirse por el demandante, no es objeto de tratamiento tampoco por el Alto Tribunal.

A este respecto, la “imposibilidad legal” de prestar servicios por el trabajador y el poder acudir al art. 52.a) ET es bien clara cuando finaliza el permiso de trabajo de un trabajador extranjero^[8], o cuando se pierde un título habilitante o una autorización para el ejercicio de una actividad, como la privación del permiso de conducir, cuando sea exigible conducir para el desempeño del puesto de trabajo^[9], pues sin permiso de trabajo y permiso de conducir no se puede trabajar: en estos casos el trabajador no puede seguir trabajando por imposibilidad legal y la mercantil recurre al art. 52.a) ET^[10].

La empresa alega que la exigencia de la titulación es nueva, ahora, en el pliego de condiciones de la contrata, y, efectivamente, el pliego de condiciones de la contrata podría -para mejorar la prestación del servicio- introducir condiciones nuevas. Pero eso no significaría, aquí, siempre, que ese trabajador ya no pudiera seguir ocupando su mismo puesto de trabajo, por imposibilidad legal y/o convencional. Me explico.

Según los Hechos probados el trabajador ocupa el puesto de trabajo de gobernante-técnico de integración social y según el pliego de prescripciones técnicas de la contrata, el puesto de técnico de integración social/auxiliar de servicios sociales exige titulación de técnicos de integración social, auxiliar de servicios sociales o similar, con experiencia en el desarrollo de funciones similares. Pero, si acudimos a la clasificación profesional que aparece en el convenio colectivo estatal de acción e intervención social el puesto de trabajo que ocupa el actor (gobernante-técnico de integración social) no figura; tal convenio establece una clasificación profesional atendiendo a grupos profesionales, sin que conste cuál es el puesto que, de acuerdo con tal clasificación profesional, el trabajador tenía asignado; además, la categoría de gobernante-técnico de integración social no se corresponde tampoco con el puesto de técnico de integración social-auxiliar de servicios sociales, que es el puesto que, según el pliego administrativo, sí requiere la titulación de técnico de integración social; ello significaría que el puesto de gobernante, que es el que figura en el primer caso en el puesto del trabajador recurrente, no exigiría titulación alguna.

Y éste es, precisamente, el motivo por el cual la Sentencia del TSJ de Madrid aquí recurrida, la Sentencia nº 883/2021, de 21 de diciembre^[11] declara la improcedencia

del despido, no tanto porque el trabajador perdiera la capacidad ni la titulación o la habilitación necesaria que hubiera estado precisando -y, de hecho, este puesto lo había ocupado cinco años antes- sino porque la categoría o el puesto de trabajo ocupado por el trabajador no se correspondería con el puesto de técnico de integración social-auxiliar de servicios sociales, de acuerdo con la definición-descripción de los puestos de trabajo que se efectúa en el sistema de clasificación aplicable en el convenio colectivo de aplicación.

Sentado lo anterior, es muy diferente la naturaleza jurídica del pliego de condiciones de una contrata y del convenio colectivo, y el pliego de condiciones de una contrata no puede establecer, por sí mismo, la subrogación de trabajadores, pero sí puede remitirse -como ocurre en este caso- a la obligación de subrogación contenida en el art. 13º del convenio colectivo aplicable. La falta de información en el momento de la subrogación acerca de la titulación exigible -si hubiera sido un elemento nuevo, completamente determinante- hubiera podido eximir a la empresa entrante de la subrogación de los trabajadores de la plantilla; aunque, en este caso, hay que tener en cuenta que podría no existir una falta de titulación “incapacitante” que no se hubiera detectado previamente y que impediría al trabajador seguir en su puesto; si previamente el trabajador ya estaba en ese puesto y ello parecía estar acorde a lo dispuesto en el convenio colectivo y tampoco el puesto de trabajo coincide con el que teóricamente precisaría esa titulación, la cosa cambiaría.

Sentado lo anterior, lo cierto es que el pliego de condiciones de la contrata es un documento contractual que vincula a las partes y el Ayuntamiento podría establecer condiciones diferenciadas de la prestación de servicios y cambiar el objeto de la concesión y estas “nuevas” condiciones podrían influir en la propia subrogación del personal, por ejemplo, podría reducirse la contrata, y tener que prescindirse de personal que previamente sí estuviera contratado por cambiar las condiciones de prestación de la actividad.

En este conflicto la empresa alega -si se me permite, inocentemente- que desconocía la falta de titulación del trabajador que había subrogado en el momento de la contratación y que lo conoce posteriormente -y este desconocimiento aparece también tras la contratación de otros tantos trabajadores que igualmente se subrogan junto al trabajador demandante , y que después son despedidos también por ineptitud sobrevenida-, pero lo esencial viene a ser, aquí, si el pliego de condiciones de la contrata permitiría acudir a la existencia de ineptitud cuando no habría quedado delimitada ésta sobre el puesto de trabajo que el trabajador había estado ocupando.

Así las cosas, para la delimitación del concepto de “ineptitud sobrevenida” referida al un peculiar puesto de trabajo habríamos de tener en cuenta si ésta efectivamente se produce sobre el concreto puesto del trabajador, y hemos de tener en cuenta que la empresa en ocasiones podría estar facultada a cambiar de puesto de trabajo a ese trabajador, de forma que, así, podría seguir en la empresa tras ser subrogado; es decir, antes de aplicar la “ineptitud sobrevenida” por falta de titulación debieran explorarse las posibilidades de cambio de puesto de trabajo -incluso dentro del mismo grupo profesional- puesto que, de existir éstas, debiera descartarse la aplicación a estos casos de la “ineptitud sobrevenida”.

X. Apunte final

El trabajador podría haber denunciado a la empresa, no por concurrir un fraude de ley al haber sido subrogado y despedido, poco después, incumpliendo la empresa la obligación convencional a la que se remite el propio pliego de condiciones alude, sino por entender que su concreto puesto de trabajo o su actividad podría no requerir ese título habilitante al que alude el pliego porque podría no existir correspondencia entre el puesto de trabajo del actor con la definición de los grupos profesionales del convenio colectivo. Por tanto, no podemos perder de vista para la resolución de este tipo de conflictos que la “ineptitud” si tiene que ver con el desempeño de un determinado puesto podría no asimilarse a la ineptitud “legal” para el desempeño de una determinada actividad, vedada por el tenor de la propia ley.

Lo anterior no obliga, tampoco, a negar que el pliego de condiciones de una contrata pueda establecer cambios de calado en la prestación de un servicio interfiriendo en la subrogación de los trabajadores en la empresa entrante, por ejemplo, si la actividad que se presta cambia y ahora se dirige a otro tipo de colectivo y/o se requiere otro personal, de forma que ello exige una reducción de la contrata impuesta por el pliego^[12], dado que este contrato vincularía sólo a la Administración y al adjudicatario, pues el pliego tiene naturaleza contractual; en cualquier caso, ello tendría que dirimirse antes de la subrogación, eximiendo a la concesionaria entrante de la contratación de los trabajadores que no se precisaran o que no tuvieran las titulaciones requeridas. Por lo demás, la doctrina ya comienza a dudar de la necesidad de que sigan apareciendo estas cláusulas de subrogación obligatoria, vía convencional, cuando el instrumento de contratación de las empresas contratistas ha dejado de ser el contrato para obra o servicio determinado^[13].

Referencias:

1. [^] Señala textualmente el Hecho probado 7º que: (...) Además del actor, han sido despedidos por la empresa los siguientes trabajadores adscritos al servicio en el albergue municipal "Mejía Lequerica": 1.- D. Juan Alberto, con categoría de limpiador-conserje-ordenanza, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de vigilante de seguridad). 2.- D. Pedro Antonio, con categoría de limpiador-conserje-ordenanza, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de vigilante de seguridad). 3.- D. Pablo Jesús, con categoría de limpiador-conserje-ordenanza, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de vigilante de seguridad). Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 41 de los de Madrid, autos 197/21, de fecha 17 de mayo de 2021, se estima la demanda con declaración de la improcedencia de los despidos de estos tres trabajadores. 4.- D. Alejandro, con categoría de limpiador, despido objetivo por razones organizativas debido al sobredimensionamiento de la plantilla al exigir el pliego de condiciones técnicas la contratación del servicio de limpieza y desinfección a una empresa de inserción. 5.- Dña. Valentina, con categoría de limpiadora, despido objetivo por razones organizativas debido al sobredimensionamiento de la plantilla al exigir el pliego de condiciones técnicas la contratación del servicio de limpieza y desinfección a una empresa de inserción. 6.- Dña. Zulima, con categoría de limpiadora, despido objetivo por razones organizativas debido al sobredimensionamiento de la plantilla al exigir el pliego de condiciones técnicas la contratación del servicio de limpieza y desinfección a una empresa de inserción. Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 40 de Refuerzo de Madrid, autos 180/21, de fecha 27 de mayo de 2021, se estima la demanda, con declaración de la improcedencia de los despidos de estos tres trabajadores. 7.- Dña. María Milagros, con funciones de Gobernanta/Técnico de Integración Social, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de técnico de integración social). Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 14 de los de Madrid, de fecha 9 de junio de 2021, autos 363/21, se desestima la demanda con declaración de la procedencia del despido. 8.- Dña. María Purificación, con funciones de Gobernanta/Técnico de Integración Social, despido objetivo por causas organizativas. 9.- Dña. Agueda ., con funciones de Gobernanta/Técnico de Integración Social, despido objetivo por causas organizativas. Estas dos

últimas trabajadoras interpusieron demanda de despido que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 22, de los de Madrid, autos 192/21, sin que conste recaída sentencia en el momento actual.

2. ^ Nº rec. 756/2021, ECLI:ES:TSJM:2021:15394.
3. ^ Nº de res. 770/2021, nº rec. 548/2021, ECLI:ES:TSJM:2021:13825.
4. ^ Nº rec. 3259/2020.
5. ^ Nº rec. 3444/2018.
6. ^ *El propio Tribunal alude, igualmente, a las Sentencias a las que se acudía para apoyar esa conclusión, señalándose que: (...) En ella recordamos que "esta es la solución que la Sala ha dado a supuestos similares, así, entre otras: la falta de la correspondiente autorización administrativa para ser Oficial de la Marina Mercante (STS de 29 de diciembre de 1988); la falta de titulación necesaria para seguir dando clases que constituían el objeto de su contrato (STS de 29 de marzo de 1984), la pérdida del permiso de conducir cuando éste era inherente al objeto del contrato de trabajo (STS de 27 de octubre de 1983) y ello porque la ineptitud se reconduce a una genérica falta de aptitud o de conocimientos para el trabajo pactado, incluida la carencia de titulación o autorización exigida para la realización del trabajo (...).*
7. ^ *Expresada, entre otras, en las SSTs de 28 de septiembre de 2011, nº rec. 4376/2010; de 2 de julio de 2012, nº rec. 2626/2011; y de 25 de febrero de 2014, nº rec. 4374/2011.*
8. ^ *STS (Sala de lo Social) de 23 de junio de 2021, Sentencia nº 642/2021, ECLI:ES:TS:2021:2457.*
9. ^ *STS (Social) nº 177/2022, de 23 de febrero, ECLI:ES:TS:2022:1015.*
10. ^ *No debe la empresa entrante subrogar en la relación laboral a los trabajadores que no poseen la titulación habilitante de vigilante de seguridad, puesto que esta habilitación administrativa se exige para prestar la actividad. STS (Social) de 28 de septiembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:6370.*
11. ^ Nº rec. 756/2021, ECLI:ES:TSJM:2021:15394.
12. ^ *Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, I., Descentralización productiva y negociación colectiva devaluadora de condiciones de trabajo: crítica al nuevo art. 42.6º ET como medida correctora, Revista internacional y comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo, volumen 11, número 1, enero-marzo 2023, p. 533.*
13. ^ *CASTRO ARGUELLES. M.A., Subcontratación laboral: nuevas reglas y cabos sueltos en el Real Decreto Ley 32/2021, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum, nº 4, 2022.*