



Expediente 126/18.

Materia: Información que se debe ofrecer al contratista en el caso de subrogación de trabajadores.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Asociación de Empresas de Seguridad Privada Integral (AESPRI), formula ante esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado una consulta solicitando que nos pronunciemos respecto de diversas cuestiones.

La consulta comienza con una extensísima exposición de los diversos problemas que se plantean en relación con los contratos de servicios de seguridad privada por razón de su característica de ser intensivos en mano de obra y de la obligación de subrogación de los trabajadores que les es propia por aplicación de los convenios colectivos vigentes.

De acuerdo con ello, formula diversas consideraciones respecto a la aplicación de los artículos 201, 122 y 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

En relación con todo ello, concluye el escrito con la formulación de un gran número de cuestiones que, considerando la extensión de cada una de ellas, serán respondidas sucesiva y separadamente en el presente informe.



CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. Antes de analizar cada una de las cuestiones que nos plantea la entidad consultante debemos formular dos consideraciones de carácter general.

La primera de ellas se refiere al hecho de que las múltiples cuestiones planteadas en el presente informe tienen en común que solicitan que esta Junta Consultiva se pronuncie sobre si determinadas previsiones contenidas en la LCSP deben ser incluidas con detalle al elaborar los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos y, en caso de respuesta afirmativa, si de ser omitidas tales previsiones deben rectificarse los pliegos.

Como es comúnmente reconocido, los pliegos son considerados *lex contractus*, de modo que vinculan tanto a la entidad pública contratante como a los licitadores y al contratista e incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes en el contrato. En este sentido se ha pronunciado esta Junta Consultiva en sus expedientes 35/2004, 29/2000 o 65/1996, la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales (por ejemplo, en la Resolución 929/2017) o la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 27 de mayo de 2009).

Ahora bien, siendo cierta la anterior afirmación, ello no quiere decir que las cláusulas que se incluyan en los pliegos hayan de incluir necesariamente el completo elenco de los derechos y obligaciones del contratista. En efecto, la LCSP, la legislación complementaria y la normativa de desarrollo correspondiente resultan de aplicación directa en todo aquello que no haya sido especificado en los pliegos, los cuales, parece obvio recordarlo, deberán acomodarse a las normas vigentes en todo caso.

Por esta razón, resulta claro que la legislación de contratos públicos no impone que el órgano de contratación incluya en el pliego todos y cada uno de los aspectos que



disciplinan el procedimiento de selección del contratista y la ejecución del contrato, sino que, por un lado, de conformidad con el artículo 122.2 de la LCSP, existe un contenido mínimo obligatorio que incluye aspectos cuya ausencia supone incumplir esta norma y, en lo demás, corresponde al órgano de contratación concretar el contenido de los pliegos de la forma que estime más conveniente de acuerdo con el contrato de que se trate.

Por otra parte, el hecho de que un pliego concreto no incluya una previsión de la de obligatoria inclusión en los pliegos de acuerdo con la LCSP no implica siempre y en todo caso que el pliego deba ser anulado o siquiera rectificado. Será necesario valorar en cada caso los efectos que ello pueda aparejar y las razones que han llevado al órgano de contratación a no detallar determinados aspectos en su pliego.

Como segunda consideración general cabe señalar que buena parte de las cuestiones planteadas responden a las novedades introducidas en la LCSP con la nueva redacción de su artículo 130, novedades dirigidas a promover la denominada contratación pública estratégica, expresión que se concreta sucintamente en la idea de que la contratación pública puede constituir la herramienta jurídica apropiada para el cumplimiento efectivo de las políticas de los poderes públicos mediante la satisfacción de ciertos objetivos secundarios.

En este sentido, cabe recordar que la LCSP, en el marco de lo dispuesto por las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, impulsa de manera decidida los instrumentos necesarios para que la contratación pública, además de cumplir su finalidad tradicional, favorezca la consecución de objetivos de carácter medioambiental, social y laboral. Esta finalidad no es completamente nueva ya que venía siendo recogida en diferentes instrumentos en la Unión Europea.

Partiendo de todo lo anterior, cabe añadir que para responder a estas cuestiones tan complejas que se nos plantean, tanto en lo que atañe a su formulación como a su



contenido, conviene partir del contenido del artículo 130 de la LCSP. Señala este precepto, en lo que interesa a esta consulta, lo siguiente:

“1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los



trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.”

Finalmente, es oportuno recordar que el supuesto que, en términos generales, nos plantea la entidad consultante se refiere a la existencia de un contrato de servicios inicial y a una nueva licitación de un contrato con el mismo objeto en que puede existir un nuevo contratista al que afecte la obligación de subrogación tratada en el artículo 130.1 de la LCSP.

2. Sentadas estas ideas previas, podemos analizar las cuestiones que se plantean en la presente consulta, que se irán respondiendo una por una:

I

¿Es norma de derecho necesario que el órgano de contratación, con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato, designe un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada?

Esta Junta Consultiva tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en su informe de 2 de julio de 2018 (expediente 28/18) en el que, analizando el artículo 62.1 de la LCSP, señaló que *"además de la unidad encargada del seguimiento de la ejecución del contrato será menester designar expresamente a un responsable del mismo"*, lo cual se reitera en el apartado IV del meritado informe, despejando las dudas que a tal efecto podría suscitar la redacción del artículo 311, con lo que cabe concluir que, atendiendo al tenor taxativo del precepto, el pliego deberá incluir



necesariamente la designación de la persona o unidad responsable del contrato a los efectos establecidos en el artículo 62.

II

¿Es norma de derecho necesario que el órgano de contratación establezca en los pliegos de cláusulas administrativas un detalle sobre el modo en que va a ejercer su potestad administrativa de dirección, inspección y control de la ejecución del contrato, indicando por ejemplo personas que la ejercerán, fechas, documentos acreditativos a exigir, etc., y que, por tanto, de ser omitida esta referencia deben rectificarse dichos los pliegos?

El artículo 190 de la LCSP menciona, entre las prerrogativas del órgano de contratación, las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En el contrato de servicios, tipología a la que se refiere la consulta, el artículo 311 señala que *“El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el responsable del contrato, en los casos en que se hubiere designado. En otro caso, esta función les corresponderá a los servicios dependientes del órgano de contratación.”*

Esta previsión legal se desarrolla en el artículo 94 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que señala que la ejecución de los contratos se desarrollará bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido. Continúa señalando el meritado precepto que *“Los pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares, contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa.”* Parece claro, por tanto, que conforme



a la norma aplicable sí que es necesario hacer referencia en los pliegos al modo de ejercicio de esta prerrogativa.

Ahora bien, la anterior conclusión no supone que sea posible definir a priori, y con carácter general, el detalle exigido al pliego sobre el ejercicio de tan citada prerrogativa por parte del órgano de contratación. La consulta pretende que los pliegos descendan a un nivel de detalle que se nos antoja exagerado. Por tanto, en términos generales, y como conclusión a esta segunda cuestión cabe contestar únicamente que las referencias del pliego deben ser las adecuadas para que la dirección, inspección y control del contrato puedan desarrollarse de modo que las obligaciones que prevé el contrato sean cumplidas en los términos fijados, finalidad ésta que es la que claramente persigue la norma.

III

¿Es norma de derecho necesario que el órgano de contratación establezca en los pliegos de cláusulas administrativas que únicamente corresponde al contratista empleador de trabajadores que pudieran ser susceptibles de ser subrogados atender los pagos que se deriven de remuneraciones a estos trabajadores y de cuotas a la Seguridad Social que se hayan devengado en ambos casos durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con una entidad del Sector Público, pudieran ser o hubieran sido dichos trabajadores subrogados o no posteriormente por un nuevo contratista, y que en ningún caso dicha obligación corresponderá a este último, y que, por tanto, de ser omitida esta referencia deben rectificarse dichos los pliegos?

El artículo 130.6 de la LCSP establece lo siguiente:

“Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto



de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último”.

La norma responde claramente a la finalidad de disciplinar la responsabilidad del que vamos a denominar contratista entrante desde el punto de vista de la legislación contractual pública, única materia que puede ser objeto de regulación por la Ley de Contratos del Sector Público. Precisamente por esta razón la norma citada deja a salvo lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y sus eventuales consecuencias, las cuales, por tratarse de cuestiones de índole estrictamente laboral, deberán ser apreciadas por los órganos jurisdiccionales del orden social, no por el órgano de contratación.

Recordemos que con arreglo al artículo 44 ET *“sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”*. A nuestro juicio existe una contradicción aparente que puede solventarse señalando que las normas de la LCSP pueden y deben aplicarse de manera coordinada con las laborales y con la interpretación que de las mismas establezcan los tribunales de justicia, de modo que, si estos han declarado la existencia de una cesión a los efectos del artículo 44 ET, tal declaración debe desplegar sus efectos también en sede contractual.

La Abogacía General del Estado se ha pronunciado sobre esta cuestión en su informe A.G. TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL 8/19 (R- 556/2019), de 16



de junio de 2019. Este informe contiene un análisis amplio del alcance de la obligación contenida en el artículo 130.6 de la LCSP. Podemos destacar en su seno los siguientes aspectos de interés para responder esta pregunta:

“Dada la disparidad de uno y otro régimen (artículo 44 de TRLET y artículo 130.6 de LCSP), se impone dilucidar la relación entre uno y otro. Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, la regla del artículo 44 del TRLET no ha quedado derogada por la regla del artículo 130.6 de la LCSP si se tiene en cuenta:

– que el artículo 130.6 de la LCSP deja a salvo, como expresamente dice su inciso inicial, lo dispuesto en el artículo 44 del TRLET.

– que, inspirándose el artículo 130.6 de la LCSP en un principio tuitivo de los derechos de los trabajadores como claramente resulta de su simple lectura, no sería coherente con ello que el régimen de protección más intenso (responsabilidad solidaria de cedente y cesionario del artículo 44 del TRLET) quede desplazado y sustituido por otro de menos intensidad (artículo 130.6 de la LCSP en el que sólo se hace responsable al cedente, es decir, al contratista saliente).

Pues bien, la relación entre ambos regímenes se traduce en la diferenciación de sus respectivos ámbitos de aplicación, bien que con cierta matización, en los términos que seguidamente se indican.

De existir, con arreglo al artículo 44 del TRLET, sucesión de empresa, rige y resulta aplicable el régimen dispuesto por este precepto. De no existir la figura del artículo 44 de dicho texto legal, rige la regla del artículo 130.6 de la LCSP de forma que el contratista entrante no responde de las obligaciones sociales – pago de salarios y cuotas de



la Seguridad Social adeudadas por el contratista saliente- respecto de los trabajadores a los que afecte la subrogación.”

Por tanto, la cuestión no es que una norma excluya a la otra, sino que, por imperativo mandato del artículo 130.6 LCSP, en los supuestos en que concurra la circunstancia descrita en el artículo 44 ET, ésta y no otra será la norma aplicable, mientras que en el resto de los supuestos el artículo 130.6 se aplicará en su integridad.

En estos términos no es posible negar que el pliego incluya la referencia contenida en el artículo 130.6 de la LCSP. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá contemplar la obligación del contratista anterior de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por la subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. Tal referencia queda, no obstante, matizada por la salvaguardia que la propia ley contiene a la aplicación del artículo 44 ET.

La omisión de esta cláusula en los pliegos representa el incumplimiento de la regla contenida en el artículo 130.6 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y habrá de ser corregida, bien por el órgano de contratación, bien mediante su impugnación en tiempo y forma.

IV

¿Es norma de derecho necesario que entre los fines y acciones del ejercicio de la potestad administrativa que va a ejercer el órgano de contratación para la dirección, la inspección y el control de la ejecución del contrato se encuentren los de vigilar y garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional,



los convenios colectivos y, en especial, detectar los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa por parte del contratista, que además así se haga constar en los pliegos de cláusulas administrativas, y que, por tanto, de ser omitida esta referencia deben rectificarse dichos los pliegos?

La respuesta a la cuestión planteada requiere un análisis del artículo 201 de la LCSP:

“Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.

Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo.

El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192.”



Este precepto es tributario del artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, de contenido similar, y de él se derivan varias conclusiones:

- Existe un deber general de cumplimiento de la normativa medioambiental, social y laboral. Esta obligación no deriva de la LCSP, sino de la normativa sectorial propia.

- Cada sector específico cuenta con órganos competentes para garantizar el cumplimiento de la normativa y sancionar su vulneración. Son éstos órganos quienes tienen competencia para inspeccionar y controlar el cumplimiento de este tipo de obligaciones. No es misión del órgano de contratación sustituir tal competencia. Por ejemplo, en el caso de las infracciones de tipo laboral será la Inspección de Trabajo y Seguridad Social quien tendrá las competencias para investigar y tramitar el correspondiente expediente sancionador, en su caso. El órgano de contratación no tiene tal competencia.

- Lo que se pretende en el artículo 201, siempre respetando las competencias de los órganos correspondientes, es contribuir desde el marco de la contratación pública al cumplimiento de esta normativa sectorial, incorporando esta exigencia al régimen jurídico del contrato y aplicando consecuencias contractuales específicas en caso de que se produzca un incumplimiento durante su ejecución o, incluso antes, si se observa durante la licitación que el ofertante no cumple las condiciones legales. Con este fin es oportuno señalar que en este caso no se requiere imperativamente de una mención concreta en el pliego de todo aquello que no esté incluido en el artículo 122 LCSP o en alguna otra norma que lo imponga expresamente.

- El artículo 122 LCSP cita como contenido obligatorio de los pliegos “*la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Sectorial de aplicación*” así como aquellas “*consideraciones sociales, laborales y ambientales que, como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan*”. Este contenido sí que ha de incluirse en los pliegos y su omisión representa un incumplimiento de la regla



contenida en el artículo 130.6 LCSP. Pero esta mención en los pliegos no quiere decir en modo alguno que a su través se alteren las competencias y potestades del órgano de contratación.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se observa con nitidez que la obligación del órgano de contratación de tomar medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de las normas sociales, laborales o medioambientales consiste en una conducta limitada del órgano de contratación. Tal limitación opera en un doble sentido: por un lado, no le permite asumir potestades propias de la normativa sectorial en lo que atañe a la investigación de las conductas y, por otro, no le autoriza a garantizar frente a terceros, incluido el contratista entrante en los casos del artículo 130 LCSP, el cumplimiento de esas obligaciones.

Lo que, por el contrario, sí que permiten las normas analizadas es que en el pliego se incluyan obligaciones específicas de acreditación de las condiciones especiales de ejecución del contrato o de los criterios de adjudicación que se hayan considerado apropiados y hagan referencia a estas materias. También resulta admisible –aunque no obligatorio- incluir en el pliego las consecuencias de los posibles incumplimientos detectados.

Nótese que la anterior idea alude a un contenido no obligatorio, de modo que cabría concluir que es conveniente que se prevean mecanismos que permitan, con pleno respeto a las competencias que son propias del órgano de contratación, obtener información sobre la existencia de posibles incumplimientos en materia social, laboral o medioambiental, de forma que la entidad contratante pueda reaccionar aplicando las previsiones contractualmente previstas. Ello no puede convertir al órgano de contratación en garante del cumplimiento de tales obligaciones frente a terceros ni en responsable de su incumplimiento o, en general, de las consecuencias perniciosas que la legislación laboral pueda acarrear al nuevo contratista.



La anterior conclusión tiene un carácter general respecto del conjunto de obligaciones impuestas por la normativa laboral, social o medioambiental. No obstante, se puede observar en la ley una salvaguardia especial de la específica obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Sectorial de aplicación, así como de la obligación de realizar el pago de los salarios por parte del contratista.

Ello se observa claramente en la obligatoria inclusión en los pliegos de la primera circunstancia y en el establecimiento de penalidades en caso de *“los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y doloso”*. Además, estamos en presencia de una causa de resolución del contrato (artículo 211.1.i) de la LCSP) que podrá ser acordada, incluso de oficio, por el órgano de contratación *“cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato”*.

Por esta razón, con el fin de no convertir en ilusorio el cumplimiento de este mandato legal es posible e incluso recomendable prever en los pliegos alguna fórmula que permita al órgano de contratación comprobar el cumplimiento de esta obligación. Mediante su inclusión en los pliegos el contratista queda vinculado por su contenido y debe suministrar tal información. Ahora bien, la entidad contratante no responde de la veracidad de tal información y tampoco debe establecer tal obligación de suministro de información con una extensión tal que haga inviable su control. Tal cosa será especialmente útil en los contratos en los que la mano de obra resulta ser un componente especialmente relevante en cuanto a los costes y en los que procede la subrogación por razón del convenio aplicable.



Finalmente, resulta relevante añadir que el suministro de información por parte del contratista saliente ha de respetar las garantías de confidencialidad y el pleno respecto a la normativa en materia de protección de datos personales.

V

¿En relación con la consulta anterior y entendiéndose recomendable para el caso que es objeto de este escrito, tiene ajuste legal que en aplicación de la potestad administrativa de dirección, la inspección y el control de la ejecución del contrato el órgano de contratación exija, y así lo haga constar en el pliego de cláusulas administrativas y/o en el contrato, que coincidiendo con la presentación de cada factura por el contratista, con la periodicidad que se señale, se aporten, para su revisión por el responsable del contrato o la unidad encargada de su seguimiento, cuadrantes y nóminas de los trabajadores adscritos al servicio, justificantes del pago de éstas, liquidaciones a la Seguridad Social y de ingreso de la retenciones practicadas a cuenta del IRPF, así como certificados de estar al corriente con la Seguridad Social y la hacienda que corresponda, y que no se dará conformidad a las mismas en tanto que esto sea cumplido?

La cuestión que se nos plantea tiene dos partes: la primera consiste en determinar si es legal que el órgano de contratación incluya en los pliegos una obligación de remisión de información de tipo laboral de la empresa contratista; la segunda, si en caso de no cumplirse esta obligación no se dará conformidad a las facturas presentadas por el contratista. También en relación con la primera cuestión se deduce una tercera, consistente en determinar la procedencia de incluir determinados documentos entre la información que puede requerir el órgano de contratación en el pliego.

Para analizar la primera cuestión debemos recapitular en lo hasta ahora expuesto y partir de una serie de consideraciones previas:



- En primer lugar, del principio de libertad de pactos consagrado en el artículo 34 LCSP conforme al cual en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.
 - En segundo lugar, debemos recordar que el órgano de contratación debe incluir en los pliegos la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación y que entre las prerrogativas del órgano de contratación figura la de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato.
 - El artículo 201 LCSP ordena tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.
 - El incumplimiento de las obligaciones anteriores y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de penalidades y puede ser causa de resolución del contrato.
 - El artículo 130 de la LCSP impone al contratista saliente la obligación de proporcionar al órgano de contratación la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Tal información deberá suministrarse a los licitadores haciéndola constar en el pliego con un contenido mínimo que pasamos a detallar:
-



- o el convenio colectivo de aplicación
- o los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador
- o todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos distinguir adecuadamente los diferentes supuestos que pueden acontecer, de modo que, en primer lugar, podemos comenzar señalando que se ajusta a la ley que el órgano de contratación incluya en sus pliegos la referencia a la aportación por el contratista de aquellos documentos que sean necesarios para respetar las obligaciones que se le imponen sobre el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones sociales, laborales y medioambientales. Es más, tal mención, aunque no sea obligatoria, sí que podría resultar recomendable para asegurar que el órgano de contratación dispone de información suficiente a estos efectos. Por supuesto, el que sea recomendable no quiere decir que la inclusión en los pliegos sea obligatoria. Es importante destacar que el órgano de contratación deberá operar, como ya hemos señalado, dentro del estricto ámbito de las potestades que le atribuye la LCSP y sin invadir las que son propias de otros órganos.

Expresándolo de otra manera: el órgano de contratación tiene una potestad de inspección cuyo principal objeto es verificar que el contrato público se ejecuta correctamente, tanto desde el punto de vista de la calidad o precisión de la ejecución como desde el del cumplimiento de las obligaciones legales que incumben al contratista en el marco del contrato, pero eso no significa que el órgano de contratación deba convertirse en una suerte de agente fiscalizador de la actuación del contratista en los términos más amplios.

Por esta razón, si el órgano de contratación detecta o es informado de la existencia de un incumplimiento de la normativa laboral, social o medioambiental deberá



ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes y, en el estricto marco del contrato público, aplicar las consecuencias que la ley o el pliego impongan.

En segundo término, también cabe recordar que para el adecuado cumplimiento de lo establecido en el artículo 130 de la LCSP resulta obligatorio incluir la referencia a todos aquellos documentos que, según hemos visto, resultan necesarios para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará la subrogación, incluyendo obligatoriamente los que, como *numerus apertus* menciona el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP y añadiendo aquellos que le sean solicitados o que estime pertinente reclamar al contratista por ser necesarios para evaluar los costes laborales del nuevo contrato.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, esto es, si en caso de no aportarse la información prevista en los pliegos no se dará conformidad a las facturas presentadas por el contratista, entiende esta Junta que la solución propuesta resulta desproporcionada y va más allá de las previsiones legales.

En este punto debemos diferenciar dos aspectos de la ejecución del contrato de servicios: uno primario y esencial al propio contrato, que es la ejecución adecuada de la prestación pactada por cada una de las partes (servicio y pago); y otro añadido por la LCSP, pero que tiene su origen en las legislaciones especiales, que es el respeto de las obligaciones en materia social, laboral y medioambiental, incluyendo la obligación de información del artículo 130. El primero de estos dos aspectos integra el sinalagma propio de la relación contractual pública. El segundo tiene su origen en otras normas, bien que quede protegido por la LCSP al constituir un objetivo también relevante de la contratación pública.

Pues bien, uno y otro no deben confundirse ni mezclarse a los efectos de la ejecución del contrato. La correcta realización de la prestación contractual (el servicio) debe llevar consigo el pago del precio pactado, mientras que la incorrecta satisfacción de las exigencias sociales, laborales o medioambientales aparejará la imposición de



penalidades, la resolución, en su caso, del contrato o, como señala el artículo 130.6, la responsabilidad de contratista saliente por la información insuficiente. Por tanto, se trata de dos cuestiones diferentes que se encuentran relacionadas porque ambas han de tenerse en cuenta por el órgano de contratación (cabe ver, por ejemplo, el artículo 311.3 de la LCSP para el contrato de servicios), pero que no deben combinarse de manera desordenada. De este modo, a título de ejemplo, resulta evidente que la imposición de penalidades podría ocasionar una reducción de las cantidades que se hayan de abonar finalmente al contratista, pero ello en ningún caso faculta al órgano de contratación a negar la conformidad a la factura referente a un pago parcial que corresponda a una prestación correctamente ejecutada.

Finalmente, se nos plantea una tercera cuestión que atañe a la inclusión en los pliegos de determinados documentos a los efectos de la aplicación del artículo 130 de la LCSP:

- Cuadrantes y nóminas de los trabajadores adscritos al servicio.
- Justificantes del pago de éstas.
- Liquidaciones a la Seguridad Social y de ingreso de las retenciones practicadas a cuenta del IRPF.
- Certificados de estar al corriente con la Seguridad Social y la hacienda que corresponda.

Las obligaciones que la LCSP impone al órgano de contratación en el artículo 130 respecto de la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo únicamente aluden a los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación y a las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, no a las obligaciones tributarias. Por tanto, en un estudio preliminar de la cuestión ya cabría excluir las certificaciones de estar al corriente de las obligaciones tributarias de los requerimientos de documentación que se incluyan en los pliegos para ser aportados durante la ejecución del contrato o de la información que posteriormente se pueda



ofrecer a los licitadores a su requerimiento. Lo mismo puede decirse de la acreditación de los ingresos a cuenta del IRPF.

El resto de los documentos mencionados (nóminas, justificantes de pago y liquidaciones a la Seguridad Social, así como la posible existencia de deudas pendientes con ésta) sí que tienen por finalidad la acreditación del cumplimiento de las obligaciones de pago a los trabajadores del contratista y de las obligaciones existentes para con la Seguridad Social, por lo que, en los términos antes señalados sí parece conveniente incluirlas en los pliegos. Este es el criterio contenido en el informe de la Abogacía General del Estado que venimos comentando, el cual se pronuncia expresamente sobre la no inclusión del porcentaje medio de absentismo del último año de ejecución del servicio y de la información sobre si el contratista saliente se encuentra en situación de concurso de acreedores voluntario o necesario.

VI

¿Es norma de derecho necesario que el órgano de contratación establezca en los pliegos de cláusulas administrativas una penalidad por el incumplimiento del contratista de las obligaciones contenidas en el convenio colectivo sectorial, y, en especial, por los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas del convenio colectivo sectorial, y que, por tanto, de ser omitida esta referencia deben rectificarse los pliegos?

La respuesta a esta cuestión se deduce del artículo 201.3 de la LCSP. Señala este precepto lo siguiente:

“El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de



los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192”.

Del carácter imperativo del precepto se deduce que los órganos de contratación deberán reflejar en sus pliegos las penalidades correspondientes en los términos fijados en el citado artículo 192 de la LCSP para que el órgano de contratación pueda reaccionar debidamente frente a los incumplimientos mencionados en el artículo. Ahora bien, como expresamente se señala en el citado artículo no todo incumplimiento es susceptible de generar la aplicación de las tan citadas penalidades, sino que en el caso de aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos ésta ha de ser grave y dolosa. La omisión de esta referencia en los pliegos habrá de ser corregida, bien por el órgano de contratación, bien mediante su impugnación en tiempo y forma. Es importante destacar que la imposición de las penalidades derivadas, por ejemplo, del incumplimiento de la normativa medioambiental puede exceder de la preparación propia o de las capacidades del órgano de contratación. Lo mismo puede ocurrir con las infracciones de tipo social o laboral. En general, cuando estemos en presencia de incumplimientos derivados de lo dispuesto en el artículo 201 LCSP la adopción de una decisión tan grave para el contratista debería contar con un respaldo en forma de resolución previa de los órganos competentes en la materia.

VII

¿Es norma de derecho necesario, en relación a lo establecido en el artículo 110 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, y para el caso que es objeto de este escrito, que entre las responsabilidades a que está afecta la garantía definitiva se encuentre la de garantizar el pago de los salarios y/o las cuotas a la Seguridad Social y/o de ingresar las retenciones practicadas a cuenta del IRPF por parte del contratista y así lo deba hacer constar el



órgano de contratación en los pliegos de cláusulas administrativas y/o en el contrato, y que, por tanto, de ser omitida esta referencia deben rectificarse dichos los pliegos?

El artículo 110 LCSP regula las responsabilidades a que están afectas las garantías en los contratos públicos incluyendo las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 192 de la presente Ley.

Por su parte, el último párrafo del artículo 130.6 LCSP señala que, en caso de incumplimiento acreditado de la obligación de pago de los salarios, la Administración procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.

Las consecuencias establecidas sobre ambos preceptos son diferentes. Conforme al primero de ellos resulta cristalino que la garantía definitiva responde de las penalidades impuestas por el órgano de contratación conforme al artículo 192 LCSP, al que se remite el 201. Es importante destacar que, en este caso, cualquier minoración en el importe de la garantía que tenga su origen en la imposición previa de una penalidad exige, conforme al artículo 109.2 LCSP, la posterior reposición o ampliación de la garantía. Esta es la manera de lograr que la medida sea realmente efectiva.

Conforme al segundo de los preceptos no se devolverá la garantía definitiva en tanto que no se acredite el abono de los salarios, lo que no implica la sujeción de la garantía a su pago a menos que se haya impuesto una penalidad. Además, incluso en el caso de la retención a que alude el artículo 130, sería evidente que ésta sólo alcanza a aquello que concretamente menciona, esto es, los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación y las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, pero en ningún caso del ingreso de las retenciones a cuenta del IRPF.



Por otro lado, la sujeción de la garantía a las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 192 es una obligación impuesta por la norma legal por lo que, conforme a lo que ya anticipamos, aunque es posible, no resulta imprescindible que los pliegos prevean expresamente esta circunstancia.

VIII

¿Es norma de derecho necesario, para el caso que es objeto de este escrito, que por el órgano de contratación se debe establecer un plazo de garantía que vaya más allá de la fecha de finalización del contrato, con un periodo suficiente para que pueda acreditarse por el contratista saliente que ha cumplido con todos los pagos que le competen por salarios y cuotas a la Seguridad Social y obligaciones tributarias devengados durante su vigencia en relación a la ejecución del contrato, y que, por tanto, no puede ser aplicable la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 210 de la Ley 9/2017, de Contratos del sector Público, y así lo deba hacer constar el órgano de contratación en los pliegos de cláusulas administrativas y/o en el contrato, y que, por tanto, de ser omitida esta referencia deben rectificarse dichos los pliegos?

El artículo 210 LCSP establece en su apartado 3 la obligación general de fijar en los pliegos un plazo de garantía en los términos siguientes:

“En los contratos se fijará un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual, sin objeciones por parte de la Administración, salvo los supuestos en que se establezca otro plazo en esta Ley o en otras normas, quedará extinguida la responsabilidad del contratista. Se exceptúan del plazo de garantía aquellos contratos en que por su naturaleza o características no resulte necesario, lo que deberá justificarse debidamente en el expediente de contratación, consignándolo expresamente en el pliego.”



Esta norma, que se ha mantenido incólume desde la LCAP de 1995, está pensada especialmente para garantizar una adecuada ejecución de la prestación objeto del contrato. Tanto la recepción como el plazo de garantía se regulan con este fin. Esto no excluye que, surgidos legalmente nuevos objetivos del contrato público, la garantía pueda servir a los efectos de enmarcar temporalmente la comprobación del cumplimiento de las obligaciones sociales, laborales y medioambientales del contratista, aunque obviamente no puede entenderse que la finalidad por la que se concede el plazo de garantía sea ésta.

Ahora bien, debe insistirse en que, aunque el órgano de contratación asume una obligación activa de promover medidas para garantizar que en el seno del contrato no se violen las obligaciones sociales, laborales y medioambientales del contratista, la ley no impone que a la finalización del contrato sea la entidad contratante quien tenga que valorar esta circunstancia pronunciándose expresamente, ni tampoco que exista un trámite específico por cuya virtud tenga que ofrecer al contratista entrante una información específica a estos efectos. El hecho de que el órgano de contratación tenga que incluir en los pliegos una referencia a la información a que alude el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP, presupone que será el contratista entrante el que haya debido realizar tal operación. Lo que establece la ley es, como hemos visto, por un lado, una serie de medidas que tienen por finalidad forzar al contratista saliente a cumplir con sus obligaciones salariales y de Seguridad Social, medidas que se adoptarán una vez acreditado el impago y, por otro lado, una acción directa del contratista entrante frente al saliente para reclamarle los daños causados por la información insuficiente que haya suministrado.

En consecuencia, el establecimiento de un periodo de garantía a los exclusivos efectos de comprobar el pago de los salarios pendientes no puede ser una obligación para el órgano de contratación y menos convertirse en una mención inexcusable de los pliegos. Otra cosa distinta es que, con el fin de salvaguardar la debida concurrencia de un número suficiente de licitadores, el órgano de contratación decida voluntariamente incluir en los pliegos una obligación específica que impondría al



contratista saliente la obligación de comunicar la pertinente información que permita a los licitadores conocer suficientemente el estado de cumplimiento de las obligaciones sociales, laborales y medioambientales del contratista actual, incluso incluyendo algún otro documento no mencionado en el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP.

IX

¿Es norma de derecho necesario que el órgano de contratación haga constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de forma precisa, veraz y contrastada, además de la información mínima sobre las condiciones laborales de los trabajadores que dicho contratista tenga adscritos al contrato (susceptibles de subrogación) recogida en el artículo 130 de la Ley 9/17, de Contratos de Sector Público, toda la información referida en el expositivo octavo y la información referente a que no existe impago alguno de salarios o de cuotas a la Seguridad Social en que hubiera podido incurrir el actual contratista, así como a las reclamaciones o demandas de dichos trabajadores por impagos o por otro motivo de las que se pudiera derivar un incremento de sus retribuciones (pasadas o futuras) y que pudiesen quedar pendientes de resolución a la fecha en que se inicie la prestación por el nuevo contratista, para que pueda realizarse de antemano esa exacta valoración en la oferta de todos y cada uno de los costes derivados de relaciones laborales que ese nuevo contratista deberá atender, en el bien entendido de que toda ella es imprescindible porque en otro caso no se conocerán por los posibles interesados con precisión y exactitud todos los costes de orden laboral que deberá asumir el nuevo contratista para considerarlos en su oferta, con los posibles efectos perniciosos ya tratados en el expositivo, y que, por tanto, de ser omitida esta referencia deben rectificarse dichos los pliegos?



La Junta Consultiva, en este punto, considera que las diversas cuestiones que plantea esta pregunta ya han sido tratadas suficientemente, con un criterio que consideramos plenamente acertado, en el informe 8/19 de la Abogacía General del Estado, informe cuyas conclusiones son asumidas por esta Junta y servirán de punto de partida para analizar separadamente las cuestiones planteadas.

i) En el citado informe se pone de manifiesto, en primer lugar, que la obligación que el artículo 130 de la LCSP impone al órgano de contratación es una obligación de carácter puramente formal, pues únicamente le obliga a requerir al contratista anterior una información determinada así como, una vez proporcionada tal información, a facilitarla a los licitadores en el propio pliego, sin que el precepto imponga –ni del mismo se deduzca- ninguna obligación para el órgano de contratación de comprobar la veracidad material o intrínseca de aquella información.

En este sentido, el órgano de contratación actúa como una suerte de intermediario entre el contratista actual y los licitadores del nuevo contrato, con el fin de que éstos puedan obtener, antes de hacer sus ofertas, la información necesaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación con el fin de poder hacer una exacta evaluación de los costes salariales. En consecuencia, es criterio de esta Junta que el órgano de contratación no asume responsabilidad alguna por la imprecisión o por la falta de veracidad de la información suministrada por el contratista saliente (tal responsabilidad no sería congruente con el contenido del artículo 130.5 LCSP) ni tampoco asume una obligación de contrastación activa de la información suministrada.

ii) En segundo lugar, en lo que se refiere al alcance del contenido de la información que se ha de suministrar, debemos partir nuevamente del carácter abierto de la enumeración del artículo 130.1 de la LCSP, que no excluye que se pueda reclamar al contratista saliente, bien en el pliego o bien a instancia de los licitadores, otra documentación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará la subrogación.



La obligación de concretar qué información es necesaria a estos efectos recae, según señala la Abogacía General del Estado, sobre el contratista saliente puesto que, por un lado, es el único que verdaderamente conoce la situación de sus trabajadores y de su empresa, así como las eventuales circunstancias que pudieran influir en la determinación del coste salarial para el caso de una eventual subrogación, y, por otro, es a dicho contratista al que la LCSP obliga a asumir las consecuencias en el caso de que, una vez producida la subrogación, los costes laborales fueren superiores a los que se desprendieren de la información facilitada por el antiguo contratista. El órgano de contratación se puede limitar a requerir al contratista para que le remita la información necesaria, comprobando que se ha remitido con los datos legalmente establecidos que constituyen el mínimo de información exigible, o con los incluidos en el pliego.

El incumplimiento de la obligación del contratista saliente de aportar información suficiente y adecuada para que el contratista entrante pueda conocer correctamente los costes de la subrogación acarrea dos consecuencias:

- En caso de incumplimiento total por parte del contratista de suministrar la información requerida por el órgano de contratación, la Administración deberá imponer las penalidades correspondientes (130.4 LCSP).
- En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista entrante tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

Por el contrario, en la medida en que la obligación del órgano de contratación es meramente formal, aquel no asume responsabilidad alguna frente al contratista entrante por las consecuencias de la falta de información o de su insuficiencia. Por esta razón si el órgano de contratación comprueba que la información suministrada



por el contratista, incluso tras haber realizado un requerimiento de subsanación si se considera oportuno, no contiene ningún dato o adolece de los datos mínimos exigidos por la LCSP, procederá a publicar los datos suministrados, haciendo constar que han sido los únicos facilitados por el contratista o que no se ha facilitado dato alguno, e impondrá las penalidades correspondientes.

Hecho lo anterior, el órgano de contratación no puede hacerse responsable de las posibles consecuencias perniciosas que al nuevo contratista puedan afectar por causa de la conducta lesiva del contratista saliente, de modo que no cabe adoptar medidas incentivadoras de la concurrencia que supongan una indebida asunción de responsabilidades por parte de la entidad contratante.

iii) Por lo que hace a la extensión de la información que debe incluirse en los pliegos, en los expositivos anteriores ya hemos adelantado nuestro criterio que permite al órgano de contratación exigir en sus pliegos la aportación de cuanta documentación esté directa y exclusivamente relacionada con la valoración de los costes salariales a los que se refiere el artículo 130. Compartimos el criterio de la Abogacía General del Estado en el sentido de que es posible que esa documentación sea solicitada por los licitadores, quienes tienen derecho a conocer los costes en que van a incurrir a los efectos de preparar su oferta. En estos casos, la petición de información adicional no parece ampararse en el artículo 138.3 de la LCSP porque este precepto alude a información que ya obra en poder de la Administración y no ha de ser requerida del contratista. Como señala la Abogacía General del Estado, lo razonable es considerar que la petición del licitador *“tiene cabida mediante una interpretación no excesivamente rigorista de lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP. En efecto, si la finalidad de esta norma es que los licitadores tengan la mayor información posible para calcular los costes salariales en caso de una eventual subrogación en los contratos de los trabajadores (subrogación que, a su vez, tiene por fin último la protección de dichos trabajadores), resulta razonable admitir que, además de la información que facilite el contratista a requerimiento del órgano de contratación, algún licitador desee conocer algún dato adicional, por lo que no se aprecia reparo en admitir que, en tal caso, solicite*



de dicho órgano que requiera tal información del contratista, siempre que dicha información esté directa y exclusivamente relacionada con la valoración de los costes salariales a los que se refiere el citado artículo 130.”

Sobre estas premisas podemos analizar individualmente los aspectos concretos que se plantean en la consulta.

a) *El convenio colectivo sectorial del que emana la subrogación.* El artículo 130.1 segundo párrafo LCSP lo menciona expresamente. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha reiterado, por ejemplo, en la Resolución 99/2019, de 8 de febrero que *“la existencia o no de subrogación laboral, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, es una cuestión cuya determinación corresponde, en última instancia, a los órganos competentes de la jurisdicción social, debiendo limitarse el órgano de contratación a verificar si existe una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación que recojan una obligación de subrogación laboral que, en principio, parezca razonablemente aplicable al contrato objeto de licitación. En caso afirmativo, existe obligación de informar en el PCAP de esa eventual subrogación laboral cuya exigibilidad trae causa en la normativa laboral.”*

b) *La identificación de los trabajadores que actualmente están vinculados con la prestación.* El artículo 130.1 segundo párrafo de la LCSP exige que la empresa que viniese efectuando la prestación aporte *“los listados del personal objeto de subrogación.”* No se trata, por tanto, de una vinculación cualquiera con la prestación, sino que debe tratarse de trabajadores afectados por la subrogación obligatoria. Tal listado, como el resto de la información, debe respetar la legislación sobre protección de datos personales.

c) *Los datos que tienen relación con el cumplimiento de los requisitos que los convenios colectivos de ámbito superior al de empresa establezcan para ser subrogados.* El artículo 130.1 primer párrafo LCSP impone la obligación de suministro de información en relación con las *“condiciones de los contratos de los trabajadores a los*



que afecte la subrogación. También se impone, como hemos dicho, la mención del convenio colectivo aplicable. El análisis de las condiciones que cada convenio colectivo establece para que se aplique la subrogación obligatoria y la determinación de los trabajadores concretos a que afecta corresponde al contratista saliente y se debe plasmar en la información que ha de suministrar. Proporcionada tal información el análisis y el contraste de los datos suministrados debe realizarla el licitador antes de efectuar su proposición.

d) *El tipo de contrato de cada trabajador.* Se incluye como contenido obligatorio en el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP.

e) *La fecha de inicio de la prestación.* Se incluye como contenido obligatorio en el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP. No es necesario, sin embargo, que se incluya información sobre la aplicación del artículo 15.5 del ET puesto que el contratista entrante puede analizar esta circunstancia empleando la información obligatoria que se aporta.

f) *La actividad económica de la empresa y la ocupación de cada trabajador.* Es lógico pensar que la actividad económica debe coincidir con la que constituye el objeto del contrato. En cuanto a la ocupación el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP exige incluir información sobre los detalles de la categoría profesional y el salario bruto anual de cada trabajador. Por esta razón ha de entenderse que en el listado de trabajadores sería necesario mencionar adecuadamente estos datos que afectan a la situación de cada trabajador. También sería oportuno mencionar las situaciones de baja o incapacidad o excedencia que les afecten a los efectos del cálculo del coste salarial, que puede ser menor o no existir.

g) *La jornada establecida en el contrato.* Se incluye como contenido obligatorio en el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP. La operación de análisis de los datos referentes a la jornada establecida en el contrato laboral corresponde al licitador, no a la entidad contratante.



h) *Pactos extraconvencionales*. Se incluye como contenido obligatorio en el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP que alude a “*todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.*”

i) *La fecha de antigüedad*. Se incluye como contenido obligatorio en el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP. En caso de que en algún sector concreto el término puede adolecer de alguna ambigüedad la información a incluir será la que sea necesaria para calcular los costes laborales de la subrogación.

j) *El edificio, instalación o puesto asignado a cada trabajador*. En el supuesto de que esta circunstancia tenga influencia en la determinación de los costes laborales de la subrogación puede entenderse incluida en la información relativa a los pactos aplicables a los trabajadores. En otro caso, su inclusión no es necesaria.

k) *La existencia de otros pluses o complementos*. Si tales complementos derivan del convenio colectivo o de pactos en vigor aplicables a los trabajadores afectados por la subrogación la información relativa a estos aspectos se incluye como contenido obligatorio en el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP.

Quedan excluidas de este deber de información, como ya ha tenido ocasión de señalar la Abogacía General del Estado y el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 729/2018, de 27 de julio, las circunstancias relacionadas con la ejecución del anterior contrato que no tengan una repercusión cierta en los costes laborales del nuevo. Del mismo modo nos hemos pronunciado expresamente sobre la no inclusión del porcentaje medio de absentismo del último año de ejecución del servicio y de la información sobre si el contratista saliente se encuentra en situación de concurso de acreedores voluntario o necesario. También hemos negado la exigencia respecto de las certificaciones de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de la acreditación de los ingresos a cuenta del IRPF.



iv) Merece una mención especial la continuada referencia que se hace en la consulta a la necesidad de que se ofrezca información suficiente sobre la existencia de impagos de salarios o de cuotas a la Seguridad Social en que hubiera podido incurrir el actual contratista, incluyendo los eventuales litigios que puedan existir. Esta información puede ser relevante para determinar los costes laborales de la subrogación. Para determinar de qué manera hay que diferenciar dos casos.

De no existir sucesión de empresas, por no ser de aplicación el artículo 44 ET, se aplicará el artículo 130.6 de la LCSP conforme al cual, como ya sabemos, el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados y de las cotizaciones a la Seguridad Social, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda al adjudicatario del nuevo contrato. En este caso se aplicarían los mecanismos destinados a contribuir al cumplimiento de esta obligación a que hicimos referencia en el punto 2.VI del presente informe.

Si se aplicase la sucesión de empresas conforme al artículo 44 ET existirá una responsabilidad solidaria entre los dos contratistas (cedente y el cesionario) en cuanto a las obligaciones pendientes de pago. En este caso, si las cantidades retenidas al contratista fueran insuficientes para el pago de los salarios adeudados o si existen cuotas de Seguridad Social pendientes, es patente que el nuevo contratista puede ser responsable de las cantidades pendientes, lo que obviamente influirá en la evaluación de los costes salariales de la subrogación. Por tanto, como señala la Abogacía General del Estado no puede negarse al licitador el derecho a que le sean facilitados los datos sobre posibles deudas pendientes en concepto de pago de salarios y de cuotas de Seguridad Social; en consecuencia, los servicios dependientes del órgano de contratación pueden incluir esta información en el pliego y, en caso de solicitud del licitador, deben recabar del contratista la información sobre esos extremos y proporcionarla a los licitadores.

En este caso claramente existirá la obligación de que el contratista saliente proporcione información sobre impagos y litigios pendientes y que se incluya en los



pliegos, toda vez que dicha información resulta relevante a los efectos de determinar una exacta evaluación de los costes laborales potencialmente asumidos por el nuevo contratista por causa de la subrogación, aunque una parte de estos costes no dimanen del contrato público que celebra con la entidad contratante. Nótese, en cualquier caso, que en este supuesto es obvio que la entidad pública contratante no debe asumir coste alguno derivado de los impagos del contratista moroso.

v) A modo de conclusión en este punto, y toda vez que, como hemos visto, el régimen de la información a suministrar es una cuestión que atañe fundamentalmente a las empresas del sector, considera esta Junta Consultiva que sería de enorme utilidad que en el ámbito de asociaciones como la consultante las empresas afectadas alcanzaran acuerdos y protocolos de actuación que, respetando los principios de competencia, concurrencia, igualdad de trato y no discriminación permitieran contribuir al buen funcionamiento de régimen de subrogación aplicable a los contratos públicos.

X

¿Es norma de derecho necesario que el órgano de contratación establezca en los pliegos de cláusulas administrativas particulares una penalidad por la no atención del actual contratista de los requerimientos que a lo largo de la vigencia del contrato se le hagan de aportar toda la información, en el más amplio sentido, sobre las condiciones laborales de los trabajadores susceptibles de subrogación que dicho contratista tenga adscritos al contrato según lo recogido en el artículo 130 de la Ley 9/2017, de Contratos de sector Público, por no atenderla con la precisión documental requerida o por hacerlo con demora, y que, por tanto, de ser omitida esta referencia deben rectificarse dichos los pliegos?



Como se ha señalado anteriormente, en el artículo 130 de la LCSP su apartado 4 prevé con carácter imperativo que *“El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.”* Desde luego, tal consecuencia sólo procede en caso de la omisión de la información mínima y de aquella que sea requerida en los pliegos o por el órgano de contratación por resultar necesaria para determinar los costes laborales aparejados a la subrogación.

Ahora bien, dicho lo anterior, lo que no cabe es entender que la obligación legal de aportar información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación pueda tener una extensión tal que se convierta en perpetua y desproporcionada para el contratista anterior.

Para alcanzar esta conclusión debemos describir el *iter* procedimental establecido en la ley en cuanto a la información que debe recibir el licitador en los casos de subrogaciones obligatorias.

Como sabemos, el primer trámite descrito en el artículo 130 LCSP consiste en que el órgano de contratación reclame del contratista saliente la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

El siguiente paso consiste en que el órgano de contratación consigne estas circunstancias en sus pliegos y los proporcione en forma legal a los licitadores.

También hemos señalado que es posible que el licitador pueda solicitar del órgano de contratación más información a los efectos de poder perfilar su oferta adecuadamente, calculando con mayor precisión los costes reales de la subrogación. En respuesta a esta petición el órgano de contratación debe requerir al contratista



saliente la información que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales de la subrogación.

En el último paso, tal información debe ser puesta a disposición del licitador si es que ha sido debidamente proporcionada por el anterior contratista o, en caso contrario, deberá dejarse constancia de tal circunstancia.

Mediante este sistema que instituye la ley el licitador puede alcanzar un conocimiento suficiente para decidir libremente si va a presentar una proposición y en qué términos va a hacerlo. A partir del momento en que voluntariamente decide presentar su proposición queda vinculado por la misma y debe asumir las responsabilidades que le pudiesen corresponder por la seriedad de su oferta. Por tanto, si el licitador ha accedido al pliego y ha tenido la ocasión de solicitar la información que considerase pertinente para realizar su proposición no podrá posteriormente solicitar información de manera perpetua e incondicionada. En este caso, la ausencia de información sí le sería imputable al licitador en la medida en que no guardó la debida diligencia en la confección de su oferta.