REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

98

JULIO
DICIEMBRE
2011

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

ISSN: 0034-9399

Ministerio de Defensa

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado Mayor del Consejo de Estado

SUMARIO:

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL: 1. Ruptura de tratos precontractuales. 2. Sucesión de empresa y contratación administrativa.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1. Ruptura de tratos precontractuales

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar (dictamen 668/2011) la cuestión atinente a la responsabilidad de los daños producidos con ocasión de los tratos encaminados a la celebración –frustrada– de un contrato de compraventa entre la Administración y los particulares; esto es, de daños incardinables en la denominada responsabilidad precontractual.

En nuestro ordenamiento jurídico –frente a otros foráneos–, la responsabilidad precontractual no tiene sustantividad propia. La reparación de los daños derivados de la ruptura de los tratos o de los gastos inútilmente contraídos con ocasión de una negociación fracasada se encauza sin dificultad a través de las cláusulas generales de indemnización; esto es, a través del artículo 1902 del Código Civil –cuando se trata de responsabilidad civil– o a través del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –cuando se trata de actuaciones imputables a las Administraciones públicas–.

En consecuencia, el Consejo de Estado considera que la tramitación de este tipo de reclamaciones a través del procedimiento previsto en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre es correcta.

Desde que se inicia una negociación para celebrar un contrato, cada una de las partes asume los costes propios precisos para su continuidad. En el caso de que dicha negociación se rompa y no se llegue a perfeccionar el contrato, en determinados casos, cabe que una de las partes pretenda ser resarcida de los gastos inútilmente contraídos.

Nadie está obligado a continuar un curso de negociación comenzado, cualesquiera que fueren las expectativas que la otra parte se haya figurado. Ello es consecuencia de la autonomía negocial y de la protección de la libertad de contratar que reconoce nuestro ordenamiento jurídico (Código Civil, artículo 1255). En consecuencia, no toda ruptura de una negociación genera la obligación de indemnizar los gastos en que ha incurrido la contraparte. Se ha distinguido a estos efectos entre tanteos iniciales –que se concretan en una voluntad de iniciar negociaciones– y tratos preliminares –en que se desarrolla una labor tendente a concertar el contrato–, ciñéndose, en principio, el nacimiento de una eventual obligación de resarcir solo a los tratos. Para que la obligación nazca es preciso que la conducta de una de las partes haya supuesto una violación del arquetipo exigible de buena fe (Código Civil, artículo 7) o que no haya tenido en consideración el deber de contribuir a reducir los costes de la obra durante el proceso de los tratos o tanteos. En otros términos, es necesaria, bien la antijuridicidad de la conducta de una de las partes por haber quebrantado la regla de derecho que le imponía un determinado modo de actuar, bien la producción de un gasto en la contraparte en el que manifiestamente no hubiera incurrido y que no esté obligado a soportar. Además, el enriquecimiento injustificado de una parte, acompañado del correlativo empobrecimiento de la otra, puede justificar la procedencia de resarcir los gastos en caso de ruptura de los tratos –debiendo señalarse que también en este último caso la indemnización debe encauzarse a través del procedimiento del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre–. En conclusión, no todos los gastos en los que se incurre con ocasión de una negociación frustrada son indemnizables, sino solo aquellos que sean antijurídicos y que la contraparte no está obligada a soportar.

2. Sucesión de empresa y contratación administrativa

El Consejo de Estado ha tenido también ocasión de examinar con ocasión de su labor consultiva la cuestión atinente a la sucesión de empresa en relación con el personal de las contratas de la Administración pública.

En efecto, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en sus dos primeros apartados dispone:

> «1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.
>
> 2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria».

El precepto trascrito fue objeto de nueva redacción mediante la Ley 12/2001, de 9 de julio. La modificación hecha tuvo por objeto adecuar la regulación nacional a las previsiones de diversas directivas –en especial, la Directiva 2001/23, de 12 de marzo– y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencias Süzen, de 11 de marzo 1987; Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998; Sánchez Hidalgo, de 10 de diciembre de 1998; Allen, de 2 de diciembre de 1999), como puso de manifiesto la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de febrero de 2007). Por tanto, a la hora de interpretar el mencionado artículo, ha de atenderse al contenido de las directivas y a la mencionada jurisprudencia europea.

Conforme al mencionado artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, el cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva –en los términos señalados por el número 2– no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad social del anterior.

A los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecta a una unidad económica que mantiene su identidad, entendida dicha unidad como un conjunto or-

ganizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica y persigue un objetivo propio (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de marzo de 1997, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003, C-340/01; de 15 de diciembre de 2005, C-232/04 y C-233/04).

La sucesión de empresa requiere la concurrencia de tres requisitos (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002, 12 de diciembre de 2002 y 14 de abril de 2003, entre otras), a saber: uno, subjetivo, consistente en la sustitución de un empresario por otro, sin que sea necesaria la relación contractual entre ambos (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2005); otro, objetivo, que comporta la entrega real de todos los factores esenciales de la empresa precisos para asegurar la continuidad del conjunto de sus elementos; es decir, la cesión de una serie de servicios que constituyen un negocio diferenciado, susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2005, 12 de diciembre de 2002, 23 de octubre de 2009, 12 de mayo de 2010); y, en fin, un último, de carácter finalista, consistente en la persecución de un objetivo propio.

La previsión contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores resulta de aplicación a las Administraciones públicas en cuanto empleador. Así lo ha declarado la jurisprudencia y lo previene expresamente la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo.

A la hora de interpretar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en relación con las Administraciones públicas, el Tribunal Supremo ha declarado que la subrogación puede producirse entre Entes públicos que tengan contratado personal laboral a su servicio; así puede darse entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los casos de transferencia de servicios del Estado a las Comunidades Autónomas (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1992). Además, ha afirmado que la sucesión de empresa se produce en el caso de extinción o rescate de una concesión administrativa cuando la Administración continúa el servicio –es decir, asume por sí misma la actividad previamente contratada– mediante personal laboral (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1992). Sin embargo, no hay sucesión cuando la Administración asume la prestación del servicio con sus propios funcionarios públicos (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1990).

Por otra parte, el mismo Tribunal Supremo ha dicho que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores exige la transmisión de la empresa o de una unidad de la misma, de tal suerte que la mera prestación contractual realizada por un empresario con sus medios propios a favor de un terce-

ro –como ocurre en la figura de la contrata– queda en principio fuera de su ámbito de aplicación. En consecuencia, el cambio de contratista no es, sin más, una transmisión de empresa. Antes al contrario, en principio dicho cambio no comporta la existencia de una sucesión de empresa salvo cuando dispongan lo contrario la normativa sectorial. En el caso de las Administraciones Públicas, hay sucesión de empresa cuando los pliegos administrativos de contrato así lo prevean expresamente.

En los supuestos de gestión indirecta de obras o servicios por parte de las Administraciones públicas, para la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es requisito ineluctable la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación y prestación del servicio al contratista (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993 y23 de febrero de 1994). En definitiva, solo hay sucesión cuando se entrega al contratista o concesionario la infraestructura y demás elementos precisos para desarrollar la actividad contratada.

Ahora bien, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no agota todos los casos de subrogación empresarial. Así, a la vista de la regulación europea, la doctrina y la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de abril de 2010) ha señalado la existencia de otros casos distintos del previsto en el mencionado artículo, a saber: la sucesión empresarial establecida en los pliegos concesionales o contractuales; la subrogación empresarial convencional dispuesta en los convenios colectivos; la sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria; y, en fin, la denominada sucesión de plantillas.

Todos estos supuestos distintos del contemplado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores tienen en común: de un lado, el hecho de no ser necesaria la concurrencia de los requisitos exigidos por el mencionado artículo para que pueda darse la sucesión y, de otro, que a ellos se aplican los efectos previstos por el artículo 44 para los casos de sucesión de empresa en estricto sentido.

La sucesión empresarial se puede producir por disponerlo así los pliegos contractuales o concesionales de la Administración. En este caso, la subrogación en los contratos de trabajo por parte del contratista o concesionario de la Administración deviene una obligación contractual derivada de la formulación de su oferta.

En los supuestos de contratas –y siempre que no se reciba del comitente la infraestructura principal para desarrollar el servicio–, conforme lo expuesto al glosar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no hay en principio sucesión de empresa. Ahora bien, puede producirse la subroga-

ción del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores del antiguo prestatario de los servicios si así viene impuesto por una norma sectorial o por el pliego de condiciones, aceptado por el nuevo contratista (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001, 6 de junio de 2001, 29 de enero de 2002, 18 de marzo de 2002, 12 de diciembre de 2002, 28 de abril de 2009, 21 de enero de 2010, 21 de octubre de 2010, 25 de octubre de 2010, entre otras). En este caso, la subrogación puede establecerse incluso aun cuando no haya transmisión de infraestructura u organización alguna a favor del nuevo prestatario (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1997, 29 de febrero de 2000 y 22 de mayo de 2000) pues no tiene un origen legal sino convencional. De cualquier modo, la subrogación debe estar prevista expresamente en el pliego, ya que no es suficiente la remisión a la norma legal o convencional que la prevea (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de enero de 2003). Además, es solo obligatoria para la empresa pero no para los trabajadores (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2004).

La subrogación empresarial convencional es aquella que viene impuesta por el convenio colectivo aplicable. Se produce aun cuando no haya transmisión de elementos patrimoniales a favor del sucesor y falten las demás exigencias del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Requiere solo la concurrencia de los requisitos pactados en la norma colectiva convenida. Es de interpretación estricta (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1997, 31 de marzo de 1998 y 30 de septiembre de 1999). No cabe apreciarla cuando ni está expresamente establecida en el convenio, ni la empresa subrogada está comprendida en su ámbito de aplicación (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1998). Este tipo de sucesión de empresa resulta también obligada para las Administraciones públicas cuando el personal afectado queda comprendido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo que la contempla, lo que de ordinario se da en el caso de las entidades locales.

La sucesión contractual precisa, por su parte, de un acuerdo entre la empresa cedente y la cesionaria y se da aun cuando tampoco concurran los requisitos legales generales. Constituye en puridad una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del artículo 1205 del Código Civil. En los casos de contratas públicas, la sucesión contractual de empresa entre contratistas prestatarios de servicios a las Administraciones públicas es cuestión ajena a estas. El mecanismo opera entre los mencionados contratistas, sin que dicha operación jurídica incumba a las Administraciones titulares del servicio.

Por último, la sucesión de plantillas –aun no concurriendo tampoco los presupuestos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ni prever la subrogación el convenio colectivo o pliego de condiciones– se produce por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando voluntariamente a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto cuantitativamente (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2006), como cualitativamente (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 31 de octubre de 2007). En este caso, nace para el sucesor en la actividad la obligación de asumir a todos los trabajadores incluso a aquellos que inicialmente no lo habían sido.

La sucesión de plantillas es una figura creada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencias Süzen, de 11 de marzo 1987; Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998; Sánchez Hidalgo, de 10 de diciembre de 1998; Allen, de 2 de diciembre de 1999) al interpretar diversas directivas –en especial la 2001/23, de 12 de marzo–. Se considera que la sucesión de plantillas es una forma de sucesión de empresas en la que la organización productiva transmitida –y que justifica la subrogación– es la propia plantilla de trabajadores como conjunto de elementos personales organizados. No precisa por tanto de transmisión de ningún elemento patrimonial afecto a la actividad; basta con la transferencia de trabajadores. Configurada así, la sucesión de plantillas es, bien incardinable en el artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, bien asimilable a la sucesión de empresas.

No puede dejar de señalarse que la figura de la sucesión de plantillas, en cuanto orilla la concepción patrimonialista de exigencia de transmisión de una organización material, permite atenuar y flexibilizar de manera notable los requisitos exigidos por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, traspasando su ámbito y extendiendo el mecanismo subrogatorio a casos tradicionalmente excluidos del mismo. Y así ha ocurrido en los últimos años, en los que la jurisprudencia ha ampliado notablemente a través de esta figura el instituto de la subrogación. La sucesión de plantillas es plenamente aplicable a las Administraciones públicas cuando concurran las circunstancias objetivas que la producen, según se ha declarado por la jurisprudencia comunitaria (sentencias Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998 y Allen, de 2 de diciembre de 1999).

La sucesión de empresas aplicable a las Administraciones públicas en cualquiera de las modalidades antes señaladas suscita una cuestión añadida: la derivada de que, de su aplicación, se puedan violentar los principios de publicidad, mérito y capacidad establecidos como criterios básicos a la hora de seleccionar al personal de las Administraciones públicas.

En efecto, la vigencia de los mencionados principios exige la existencia de procedimientos transparentes y objetivos para seleccionar el personal laboral que se incorpora a las Administraciones públicas. Los principios antes citados y los procedimientos quedan en ocasiones orillados cuando se trata de incorporaciones de personal a las Administraciones públicas producidas en virtud de las distintas formas de sucesión de empresa. En estos casos, las Entidades públicas se ven obligadas a asumir, por aplicación de las previsiones legales antes examinadas, la condición de empresario en relaciones de trabajo concertadas por quienes fueron sus contratistas, sin capacidad alguna para observar los procedimientos de selección prevenidos legal y reglamentariamente.