

CRITERIOS SOCIALES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social.

Universidad de León

Índice: **1.- EL PUNTO DE PARTIDA: LA DEVALUACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES DE LOS EMPLEADOS AL SERVICIO DE EMPRESAS CONTRATISTAS Y CONCESIONARIAS. 2.- LA TRANSVERSALIDAD DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA LEY 9/2017. 3.- BUSCANDO A UN EMPRESARIO-ADJUDICATARIO SIN TACHA. 4.-LA EXCLUSIÓN DE OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS SECTORIALES EN CUANTO A CONDICIONES SALARIALES SE REFIERE. 5.- PRESUPUESTO BASE DE LA LITACIÓN. 6.-CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. LA MODULACIÓN DEL PARÁMETRO “MEJOR CALIDAD/PRECIO” EN BENEFICIO DE LOS TRABAJADORES. 7.- UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE DESEMPATE DE CONTENIDO SOCIAL A LA HORA DE ADJUDICAR EL CONTRATO. CLARAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO EN FAVOR DE LOS COLECTIVOS MÁS NECESITADOS.**

7.1.- Empresas que den ocupación a trabajadores discapacitados. 7.2.- Empresas de inserción. 7.3.- Entidades sin ánimo de lucro. 7.4.- Organizaciones de comercio justo. 7.5.- Empresas que promueven el principio de igualdad de trato entre mujeres y Hombres. 7.6.- Preferencias supletorias. **8.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN. 9.- POSIBLE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR IMPAGOS SALARIALES. 10.- SUCESIÓN DE CONTRATISTA Y SUBROGACIÓN EMPRESARIAL: SINTONÍAS Y DIVERGENCIAS ENTRE LA NORMATIVA LABORAL Y LA ADMINISTRATIVA.**

10.1.- Cesación del adjudicatario en la prestación del servicio público anteriormente descentralizado. 10.2.- Cesión voluntaria de la contrata. 10.2.1.- Exigencias administrativas. 10.2.2.- Sucesión de empresa: requerimientos laborales. A) Supuestos en los que la actividad requiere una infraestructura o equipamiento. B) Contratas intensivas en mano de obra. La “sucesión de plantilla”. C) La incidencia de la negociación colectiva. 10.3.- Sucesión de contratas tras un proceso de licitación. 10.3.1.- Pertinencia y publicidad. 10.3.2.- Condiciones aplicables tras la subrogación. 10.3.3.- Responsabilidades salariales del contratista saliente. 10.4.- Reinternalización. 10.4.1.- La aplicación de los postulados generales en virtud de la Directiva 2001/23. 10.4.2.- Las dificultades para la asunción del personal afectado por el trasvase. A) Condiciones legales. B) Incidencia de las cláusulas convencionales. C) Los vetos a la asunción voluntaria de efectivos. D) Legislación administrativa y presupuestaria sobre prohibición de consolidación como personal propio. La inconstitucionalidad de la disposición adicional 26ª de la Ley 3/2017. E) El estatus de los trabajadores incorporados. **11.- LOS PELIGROS LABORALES DERIVADOS DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATAS.**

11.1.- La admisibilidad de la subcontratación como postulado de la legislación administrativa. 11.2.- Imputabilidad global frente a la Administración del adjudicatario inicial a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público. 11.3.- Las responsabilidades desde el punto de vista del Derecho del Trabajo. 11.4.- El limitado juego del principio de solidaridad empresarial. 11.5.- El concepto “propia actividad” como requisito sine qua non para generar la corresponsabilidad. 11.6.- La inquietante regla de la subsidiariedad. 11.7.- Situaciones de desprotección.

1.- EL PUNTO DE PARTIDA: LA DEVALUACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES DE LOS EMPLEADOS AL SERVICIO DE EMPRESAS CONTRATISTAS Y CONCESIONARIAS

Cierto es que las Administraciones han aprovechado de forma recurrente las posibilidades que ofrece el sistema de contratación pública, llegando a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las propias entidades como en las necesarias para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios a cargo, por ley o por asunción voluntaria. No menos verdad resulta que el concierto con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida provoca un acusado adelgazamiento de la estructura burocrática y del organigrama administrativo con un importante beneficio en cuanto a costes directos de personal de gran interés a efectos de conseguir la ansiada sostenibilidad presupuestaria y estabilidad financiera.

Además, esta frecuente opción por la prestación indirecta de servicios por medio de sujetos privados, quienes, tras un procedimiento reglamentado abierto a la competencia, asumen la realización de parcelas asociadas a las prerrogativas de las Administraciones, ha provocado una dinamización de la economía fruto de un curioso fenómeno de reconversión empresarial desde antiguas empresas contratistas dedicadas básicamente al contrato de obras públicas, que tiene por objeto la construcción, conservación o mantenimiento de una edificación, hacia entidades dedicadas a la gestión integral de contratos públicos, de modo que se han creado organizaciones productivas, o más frecuentemente, grupos de corporaciones multiservicios que se ofrecen como constructores y gestores integrales de actividades de todo tipo (desde la limpieza viaria o la recogida de basuras, gestión de residuos, mantenimiento de parques o instalaciones públicas, vigilancia, alumbrado, etc.).

Ahora bien –y como aspecto menos positivo--, no cabe desconocer tampoco que los empresarios licitadores han venido realizando en muchas ocasiones ofertas *low price* basadas en unas condiciones de trabajo progresivamente devaluadas. La rebaja de los precios de los contratos públicos en los momentos de restricciones presupuestarias va a afectar de manera directa y negativa sobre las condiciones laborales de los trabajadores, que se ven perjudicadas, no sólo en la vertiente salarial, sino también en otros aspectos como una mayor inestabilidad en el empleo (pues la modalidad habitual de contratación es el vínculo para obra o servicio determinado), un importante incremento de la carga de trabajo o una definición más polivalente de las funciones a realizar, circunstancias que se agravan ante un modelo de selección de contratistas o concesionarios que imponía una clara preferencia por los aspectos económicos. La precarización de las condiciones de este colectivo en aspectos salariales, jornada y carga de trabajo ha venido siendo manifiesta, al igual que el incremento de la siniestralidad, tanto por la mayor presión en el desarrollo de la actividad como por la menor inversión en prevención de riesgos laborales, pues el interés empresarial se centrará en conseguir sus objetivos al menor coste posible logrando garantizar un margen de beneficios. De la misma manera, la privatización perjudica la protección colectiva de estos trabajadores, pues, de una parte, van a quedar excluidos del ámbito de representación de los órganos constituidos en la Administración, y, de otra, por la forma en que prestan sus servicios singularmente a término, las posibilidades de que sean representados por los órganos de la

empresa adjudicataria también resultan escasas. Ello sin olvidar, como pauta general, que las condiciones laborales aplicables a los empleados serán las propias de su sector o –casi siempre-- de su empresa, por lo general mucho peores que las previstas en el convenio de la Administración para la que realmente se trabaja, quedando sometidos a una continua rotación y viendo impedida la generación de antigüedad en el puesto de trabajo y la promoción profesional.

Es más, el carácter amplio del objeto empresarial de las empresas multiservicios que se postulan como posibles adjudicatarias dificulta en muchas ocasiones encuadrar a estas corporaciones en el marco de una concreta regulación convencional sectorial, permitiendo, de algún modo, la selección empresarial de la norma convencional aplicable atendiendo al escurridizo criterio de la actividad preponderante¹, con el fin último de evitar la aplicación del convenio colectivo de la empresa cliente, es decir, la Administración Pública comitente. En otros casos, a los trabajadores de las empresas multiservicios se les aplica el convenio colectivo empresarial propio, que, como regla general, va a incorporar condiciones laborales inferiores al de sector. En fin, en materia de Seguridad Social, el retroceso también es claro: la capacidad recaudatoria del sistema es menor por los salarios bajos, de forma que las cotizaciones más reducidas repercuten en las futuras bases reguladoras y la temporalidad afecta a carreras de cotización que ponen difícil la consecución de los períodos de carencia necesarios para tener derecho a las prestaciones, por no hablar de una protección social complementaria inexistente dada la debilidad negocial.

2.- LA TRANSVERSALIDAD DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA LEY 9/2017

La temporalidad y la devaluación generalizada en las condiciones laborales de los trabajadores al servicio de las empresas contratistas y concesionarias, acompañada en muchas ocasiones de impagos de salarios y de falta de ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social por los empresarios adjudicatarios, han intentado ser corregidos por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/24, de 26 de febrero, pues, precisamente, uno de sus postulados fundamentales es la aplicación transversal de consideraciones sociales en todo el proceso de contratación, sin olvidar afianzar, al tiempo, el cumplimiento de la garantía de la libre competencia, intentando evitar que los licitadores busquen el incumplimiento de las condiciones laborales como medio para reducir costes, objetivo este último a salvaguardar por la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública (Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo).

Con la intención de dar cumplimiento al objetivo de “diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga el mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos”, el art. 1.3 LCSP prevé que “en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales (y medioambientales) siempre que guarden relación con el objeto del contrato”, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación

¹ STS, Social, 17 marzo 2015 (rec. 68/2013).

contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, facilitando, al tiempo, "el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social".

Buena muestra de tan amplio propósito de aplicación transversal de condiciones sociales en todo el proceso de contratación puede encontrarse en el art. 122.2 LCSP que exige la introducción en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, definidores de la dinámica de la relación contractual pergeñando los derechos y obligaciones de cada una de las partes, de "las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan", en referencia, por tanto, a todas las fases que integran el proceso de contratación: preparación, adjudicación y ejecución.

Procede, pues, hacer un repaso del articulado de esta Ley para destacar aquellos aspectos más significativos.

3.- BUSCANDO A UN EMPRESARIO-ADJUDICATARIO SIN TACHA

Cuando la Administración comitente y el empresario adjudicatario celebran un contrato administrativo, su ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos del segundo al servicio de la primera por razón de ese encargo, de modo que el objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del mencionado empresario como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. No puede extrañar, por tanto, que el candidato a contratar con un Ente administrativo deba poseer más requisitos de capacidad y solvencia que los exigidos al particular que quiere convenir un vínculo contractual con otro sujeto privado, hasta el punto de que la capacidad de quien quiere optar al *status* de futuro contratista o concesionario público se encuentra absolutamente determinada, circunstancia que, sin duda, redundará en beneficio de los trabajadores implicados.

3.1.- Prohibiciones para contratar con la Administración

La LCSP recoge varias limitaciones dirigidas a asegurar que los contratistas y concesionarios están sujetos a la ley y al derecho, evitando la licitación de aquellos sujetos que infringen o incumplen el ordenamiento jurídico, pudiendo mencionar, por lo que aquí interesa, las siguientes:

- 1.- Condena mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores.
- 2.- Sanción firme por infracción grave en materia profesional, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería.
- 3.- Sanción firme por infracción muy grave en materia laboral o social de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y del Orden Social (LISOS), especialmente por no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

4.- Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento o hallarse declarados en concurso, lo cual redundará en la garantía del cobro de los salarios por los trabajadores adscritos a la contrata o concesión administrativa.

5.- No encontrarse al corriente de las obligaciones en materia de Seguridad Social, entendiéndose excluidos los casos de deudas aplazadas, fraccionadas o cuando se hubiera alcanzado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas.

6.- En el caso de empresas con 50 o más trabajadores, no cumplir con el requisito de que al menos el 2 por 100 de sus empleados sean personas con discapacidad en los términos previstos en el art. 42 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aclara cómo se formulará el cómputo, refiriéndose a la plantilla total de la empresa, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores. Igualmente se entenderá que estarán incluidos los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en virtud de los contratos de puesta a disposición celebrados con empresas de trabajo temporal. A tenor de este precepto, se admite, no obstante, lo cual desvirtúa bastante la eficacia de la prohibición para contratar, que de manera excepcional, las empresas puedan quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3 ET, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente, en referencia a las tres siguientes: a) la suscripción de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un trabajador autónomo discapacitado, tanto para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo, o cualesquiera otros productos necesarios para el correcto desarrollo de la actividad propia de la empresa que opta por esta medida, como para la prestación de servicios ajenos y accesorios a sus normales tareas; b) la colaboración con los enclaves laborales (regulados por Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero), entendidos como el conjunto de trabajadores con discapacidad procedentes de un centro especial de empleo que son desplazados a una empresa ordinaria con el ánimo principal de favorecer el tránsito de estos trabajadores a un entorno laboral normalizado; c) la donación o patrocinio monetario para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública, cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la generación de empleo a favor de los discapacitados que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y, finalmente, su integración en el mercado laboral (art. 2.1 Real Decreto 364/2005, de 8 de abril).

7.- Empresas de más de 250 trabajadores, que no hayan cumplido con la obligación legal de contar con un plan de igualdad de acuerdo con lo previsto en el art. 45 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LOIEMH). Pese a la importancia de esta última previsión en cuanto a la salvaguarda del principio de no discriminación laboral entre sexos, cabe realizar una crítica en relación con la técnica jurídica utilizada, pues la referencia expresa a las empresas de más de 250 trabajadores (escasas en términos cuantitativos en el panorama empresarial español) parece limitar la aplicación de las posibilidades que otorga la LOIEMH, en cuanto a la existencia de planes de igualdad en empresas de menores dimensiones, esto es, "cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo" (apartado 3 del art. 45) o "previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un

procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo" (apartado 4 del art. 45). No hay que olvidar, a la postre, que las prohibiciones han de interpretarse de forma restrictiva.

3.2.- Acreditación de aptitud y solvencia

Las reglas sobre capacidad e idoneidad de las empresas aseguran la elección por parte de la Administración de colaboradores aptos para el desempeño de funciones públicas, lo cual equivale a rechazar al oportunista, a quien carece de la entidad necesaria para acometer una serie de prestaciones que se consideran esenciales para la satisfacción de necesidades generales con arreglo a estándares de eficacia. Así, a los sujetos que quieran contratar con la Administración se les exige, aparte de la lógica "capacidad de obrar", que acrediten su solvencia "económica y financiera y técnica o profesional", en el bien entendido sentido de que mientras la capacidad para contratar con la Administración es necesaria siempre, la solvencia, por el contrario, se gradúa en función de la envergadura y condiciones específicas de cada contrato, debiendo acreditarse documentalmente o de forma automática, mediante la oportuna clasificación, que puede ser objeto de suspensión o revisión según las cambiantes circunstancias de la vida de la empresa (art. 65 LCSP).

Teniendo en cuenta que la Administración tiene en la solvencia el mejor instrumento para dominar el contrato, no en vano constituye un sinónimo de suficiencia para la ejecución², la LCSP, además de dedicar el actual art. 85 a regular de manera más detallada los medios para acreditar solvencia económica y financiera por parte del licitador (volumen de negocio, seguro de responsabilidad civil, patrimonio neto...), procede a incorporar en el contrato de obra [art. 88 e) LCSP], en el de servicios [art. 90 g) LCSP] y en el resto distintos de los de obras, suministros y servicios [art. 91 LCSP por remisión al anterior], entre la enumeración de los medios para valorar la solvencia técnica, la obligación del titular de la organización productiva de efectuar una "declaración sobre la plantilla media anual de la empresa" y, como novedad, "del número de directivos durante los tres últimos años". Ello permite ofrecer una dimensión real de la actividad productiva y de las proyecciones de futuro al margen de desviaciones como pueden ser las contrataciones de personal a través de empresas de trabajo temporal o de sucesivos contratos *a termino* de escasa duración. Facilita, por tanto, una dimensión constante del volumen de empleo de la entidad empresarial por encima de los altibajos de las cargas de trabajo momentáneas, lo cual redundará en una mayor eficacia de la prestación de la actividad pública a favor de los ciudadanos y, al tiempo, reducirá los índices de inestabilidad laboral obrantes en el mercado de trabajo español y sus deplorables efectos: descualificación, inseguridad profesional y personal, siniestralidad, disminución del consumo, etc.

²En este contexto, puede hacerse mención a la Resolución del Tribunal de Contratación Administrativa de Murcia 2/2017, de 13 de enero, que considera adecuada la exigencia a los licitadores de aportar un certificado acreditativo del cumplimiento de la norma OHSAS 18001 del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo al objeto de homologar la prestación de los servicios de seguridad y control de accesos por parte de empresas de seguridad privada en diversos edificios y recintos de la Comunidad Autónoma. En cambio, por Resolución 186/2017, de 21 de junio del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se ha anulado la puntuación otorgada a la adjudicataria de un contrato de servicios complementarios, mantenimiento, limpieza y conserjería de los edificios, colegios e instalaciones deportivas de un distrito porque aunque ha declarado que subcontrataría el 100 por 100 de la prestación a un centro especial de empleo, no puede obtener los puntos que le han sido asignados porque la adjudicataria no acredita que posea una solvencia propia mínima más allá de la subcontratación.

4.-LA EXCLUSIÓN DE OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS SECTORIALES EN CUANTO A CONDICIONES SALARIALES SE REFIERE

La Ley 9/2017 introduce una regulación más estricta en cuanto al rechazo de las ofertas anormalmente bajas, pues el art. 149.4 deja claro que, en todo caso, los órganos de contratación rechazarán aquellas propuestas que no cumplen la normativa sobre subcontratación o las obligaciones aplicables en materia social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201". Sin embargo, no se entiende por qué, marginando otro tipo de normas internacionales, el art. 201 LCSP remite a un listado tasado de convenios de la OIT, cuales son los siguientes: n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, n.º 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, n.º 29, sobre el trabajo forzoso, n.º 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, n.º 138, sobre la edad mínima, n.º 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), n.º 100, sobre igualdad de remuneración o n.º 182, sobre las peores formas de trabajo infantil. La única explicación posible podría encontrarse en la selección de convenios realizada por la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, pues entiende que tales instrumentos se aplican a todas las personas en todos los países.

Asimismo, sorprende la referencia expresa al incumplimiento del convenio colectivo sectorial, alterando el sistema de fuentes establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET), en virtud del cual, en determinadas materias el convenio colectivo de empresa tiene prioridad aplicativa sobre el sectorial, a saber: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 (art. 84.2 ET).

Merece, no obstante, una valoración muy positiva la mención explícita de tales convenios sectoriales y, por tanto, su obligatorio respeto con independencia de la existencia de un convenio de empresa, pues en muchas ocasiones los convenios de empresa se han hecho para, tras un descuelgue, reducir de manera importante las condiciones laborales esenciales de los trabajadores, principalmente las salariales. Con esta previsión parece que se termina con las dudas que planteaba, en paradigmático ejemplo, la incorporación de previsiones garantistas de este tipo en algunas disposiciones forales en relación con contratos administrativos de obra, respecto de las cuales la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo había considerado necesaria la intervención del legislador³. El paso dado por la LCSP ha sido importante en aras a garantizar la transparencia y a evitar la precarización de las condiciones laborales de los trabajadores privados que prestan servicios públicos, pero la lectura puede

³ SSTs, Cont-Adm, 23 mayo, 31 mayo y 2 junio 2016 (rec. 1383/2015, 1242/2016 y 852/2015).

que no sea tan positiva si se tiene en cuenta que la exigencia de que el convenio sectorial esté "vigente" puede evitar su aplicación si ha sido desplazado, en las materias que prevé el art. 84.2 ET, por un convenio de empresa.

5.- PRESUPUESTO BASE DE LA LITACIÓN

Al fin de garantizar los salarios de los trabajadores, contribuye también la exigencia de desglose en el presupuesto base de licitación (esto es, el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación), indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos donde el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia (art. 100 LCSP).

Asimismo, "en el cálculo del valor estimado de los contratos deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial... En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación" (art. 101 LCSP). Igualmente, es importante la previsión que sienta que "en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios" (art. 102.3).

6.-CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. LA MODULACIÓN DEL PARÁMETRO "MEJOR CALIDAD/PRECIO" EN BENEFICIO DE LOS TRABAJADORES

El apartado II de la Exposición de Motivos de la LCSP manifiesta que "por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato". Esta idea se desarrolla en el art. 145 LCSP, sentando en su párrafo 1º que "la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio", que "se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos", de modo que "los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato" (párrafo 3º).

Para garantizar la inclusión de estos criterios cualitativos se exige que supongan, al menos, el 51 por 100 de la puntuación en los contratos de servicios listados en el anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter individual. El art. 145.3 g) LCSP incide estableciendo que "en los contratos de prestación de servicios sociales si

fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la disposición adicional cuadragésima octava o de contratos intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación". De todas maneras, se descarta la posibilidad de que sólo aparezcan criterios cualitativos, pues en el último párrafo del art. 145.2 LCSP se precisa que estos deberán ir acompañados de una pauta relacionada con los costes, que a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o una regla basada en la rentabilidad.

Por lo demás, los criterios de adjudicación se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberán figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación. Según el art. 129 LCSP, el pliego podrá dar publicidad "a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato", debiendo en este caso el órgano de contratación solicitar a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos "que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de ... protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad".

Ahora bien, dichos criterios sociales de adjudicación han de estar vinculados al objeto del contrato, exigencia establecida igualmente en el considerando 97 de la Directiva 24/2014, a fin de evitar, en última instancia, que "los poderes adjudicadores puedan estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social en la empresa con carácter general, sino que tendrán que particularizar la cláusula social en función del objeto y de la prestación contractual particular de que se trate⁴. Se entiende cumplida esta exigencia de vinculación al objeto del contrato "cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material".

En concreto, la LCSP se refiere, como criterios cualitativos de valoración, a: el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la

⁴ Informes de la Junta de Contratación Administrativa del Estado 9/2009, de 31 de marzo; 11/1999, de 30 de junio; 44/2004, de 12 de noviembre ó 42/2006, de 30 de octubre. Asimismo, Resolución 44/2007, de 1 de marzo, del Tribunal de Cataluña de Contratos del Sector Público. También, Dictamen del Consejo de Estado 51/2006, de 25 de mayo.

inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato" (art. 145.2.1º).

7.- UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE DESEMPATE DE CONTENIDO SOCIAL A LA HORA DE ADJUDICAR EL CONTRATO. CLARAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO EN FAVOR DE LOS COLECTIVOS MÁS NECESITADOS

El art. 147 LCSP introduce, ahora en el propio texto articulado de la Ley pues con anterioridad se ubicaba dentro de las disposiciones adicionales, una habilitación o autorización a los órganos de contratación de las Administraciones públicas para señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos (con exclusión del resto de los concurrentes al proceso de selección de contratistas) en los supuestos de empate a favor de aquellas proposiciones presentadas por determinados empleadores que reúnan unas cualidades subjetivas determinadas.

Tratándose de establecer criterios específicos para dirimir la paridad entre las ofertas más meritorias, una vez realizada la valoración correspondiente, el precepto mencionado exige además que dichos criterios sean debidamente publicitados y estén vinculados al objeto del contrato, que la documentación acreditativa sea aportada en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo, y que los licitadores se refieran a los grupos siguientes:

7.1.-Empresas que den ocupación a trabajadores discapacitados

La primera preferencia se refiere a aquellas proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa⁵. En este supuesto, si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al indicado, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla, apostando, pues, por el principio de estabilidad en el empleo pero sin mencionar que se trate de contrataciones a jornada completa.

⁵ Puede traerse a colación la Resolución 1023/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 9 de diciembre de 2016, que entiende adecuada la adjudicación del contrato, en aplicación del criterio de desempate supra enunciado interpretado analógicamente, a aquellas empresas que mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad tiene en su plantilla aunque fuera inferior al mínimo legal del 2 por 100 cuando ninguna de las dos licitadoras que han obtenido más puntuación alcanza ese parámetro.

Con esta previsión se pretende contribuir a doblegar una voluntad empresarial poco proclive a contratar a quien no asegura un rendimiento laboral óptimo. Se trata de una medida de "empleo selectivo", que pretende favorecer, en último extremo, a los propios discapacitados, haciendo gala de lo que se ha dado en llamar discriminación positiva, cuya plena constitucionalidad ha sido reconocida por el máximo intérprete de la Norma Fundamental⁶. Es más, la inexigencia de un volumen mínimo de trabajadores sobre el cual aplicar el referido porcentaje conlleva, como lógica consecuencia (beneficiosa a todas luces), que las pequeñas empresas, mayoritarias en nuestro entorno empresarial y fuentes destacadas de la creación de empleo, también puedan contribuir a la inserción del colectivo de discapacitados. Ahora bien, no se precisa el grado de disfuncionalidad exigido para entender cumplido el porcentaje de reserva, razón por la cual se verán favorecidos los sujetos menos disminuidos (es decir, los que superen en poco el porcentaje de reducción del 33 por 100), ya que las empresas suelen "hacer una criba" y contratan a los trabajadores cuya discapacidad es menos acusada. Para superar esta situación, procede efectuar la siguiente propuesta de *lege ferenda*: valorar más a los trabajadores con discapacidades más severas (personas con una afectación psíquica, sobre todo).

7.2.- Empresas de inserción

La segunda preferencia se refiere a proposiciones de empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en su normativa reguladora para tener esta consideración. El fin último de estas entidades es el fomento del empleo de los excluidos sociales, no en vano el art. 3 Ley 40/2007 dispone que al objeto de conseguir la integración que se proponen, deben diseñar, para cada trabajador, un itinerario que persigue suplir las carencias y alcanzar los aprendizajes necesarios para lograr el suficiente grado de empleabilidad que permita su posterior acceso al mercado de trabajo ordinario. Dicho itinerario se caracteriza por las notas de voluntariedad (la decisión de seguirlo corresponde al propio afectado), singularidad (se elabora para cada individuo en concreto, teniendo en cuenta sus características y circunstancias) y personalización (con seguimiento particularizado por un tutor según un plan flexible previamente acordado).

7.3.- Entidades sin ánimo de lucro

La tercera mención del art. 147 LCSP va referida, en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, a las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial.

Se trata de potenciar el denominado tercer sector, lo cual va a repercutir lógicamente en el recurso al voluntariado tan abundante en este ámbito, pero también en el fomento del empleo de escasa cualificación, tal y como sucedería con desempleados expulsados del mercado laboral como consecuencia de la introducción de las tecnologías de la información o de la entrada en recesión de ciertos sectores tradicionales como la construcción, de jóvenes y

⁶ Por todas, STCo 269/1994, de 9 de octubre.

en un alto grado también de mujeres. Precisamente, pues, alguno de los colectivos más necesitados.

Las entidades sin ánimo de lucro respecto de las cuales es predicable la preferencia en la adjudicación deben venir revestidas, además, de personalidad jurídica y dotadas de una determinada organización; tal exigencia ha de quedar cumplida por cualesquiera de las formas de personificación previstas en el ordenamiento jurídico, constituyendo, además, su inscripción en el registro una exigencia también esencial para la obtención de la prebenda establecida en la LCSP. Además, el patrimonio de la entidad sin ánimo de lucro ha de hallarse destinado a la realización de fines de interés general, lo cual viene a suponer en la práctica su intervención como coadyuvantes de las Administraciones públicas, no en vano estas entidades, como personas jurídico-privadas que son, no tienen la consideración de poderes administrativos, en cuanto no están dotadas de *imperium* o soberanía, pero en tanto en cuanto es precisamente a las organizaciones públicas a quienes se impone como obligación el logro del interés general, la intervención de las entidades sin ánimo de lucro en este campo a través del sistema de contratación administrativa va a quedar limitado a colaborar en la satisfacción pública de las demandas sociales referidas fundamentalmente a aquellos aspectos relacionados con los derechos de tercera generación o fundados en la solidaridad (paz, protección del medio ambiente, desarrollo, servicios sociales, culturales o de ocio...). De todas formas, es necesario distinguir el fin, que necesariamente tiene que ser general, y la realización de dicha finalidad, pues, al concertarse, *in casu*, con determinadas entidades no lucrativas, siempre acabará beneficiando en último término a personas determinadas. Es más, para la aplicación de la preferencia en la adjudicación es necesario también que los fines de la entidad tengan relación directa con el objeto del contrato. Tomando en consideración que en este caso dicha prioridad sólo es aplicable a los vínculos contractuales relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, resulta que los fines de estos sujetos han de tener, además de relación con el objeto del contrato, de nuevo, carácter social o asistencial.

7.4.- Organizaciones de comercio justo

También tienen preferencia las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo. La puesta en práctica de esta preferencia puede suponer un acicate importante a la hora de conseguir que las empresas muestren una mayor implicación frente a todas las formas aún subsistentes de explotación laboral, no en vano el comercio justo no tiene sino como finalidad principal la de ofrecer, vender y promocionar productos que cumplen determinados criterios sociales y de desarrollo, contribuyendo a la erradicación de la pobreza a través de la promoción de oportunidades de evolución a pequeños productores y trabajadores de los países más desfavorecidos (Resolución del Parlamento europeo sobre comercio justo y desarrollo).

Aun cuando se han dado pocos pasos en este sentido, cabe señalar algunas experiencias municipales de concursos públicos para el suministro de productos alimenticios (sobre todo café, como ha sucedido en el Ayuntamiento de Barcelona y en la Universidad Autónoma de esta misma localidad) y productos textiles en base a criterios sociales, éticos y solidarios, exigiendo en algunos casos contar con la certificación FLO (Fairtrade Labelling Organizations), una etiqueta que ya figura en los productos que se venden en países como

Holanda, Francia, Reino Unido, Alemania o Canadá y garantiza que un artículo ha sido elaborado en condiciones de trabajo dignas para sus empleados.

Con esta previsión se pretende conseguir una doble finalidad: que las Administraciones Públicas incorporen en relación con su cadena de proveedores la estrategia derivada del comercio justo, y, a la vez y con ello, incidir en el plano de la subcontratación internacional, garantizando que la empresa contratista que suministra el producto de que se trate respete en origen –normalmente países subdesarrollados– los estándares mínimos derivados de dicho comercio justo.

7.5.- Empresas que promueven el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres

También tienen preferencia las proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Esta disposición, que no es sino es una reiteración de lo previsto en el art. 34.2 LOIEMH, obliga a interrogarse sobre los cauces reales y las manifestaciones concretas a través de los cuales el Ente público podrá comprobar que efectivamente la posible empresa adjudicataria promueve realmente la demandada igualdad efectiva. Alguna pista ofrece a este efecto el mencionado art. 71.1 d) LCSP y, cómo no, el propio articulado de la LOIEMH:

1.- Esta Ley contempla la creación de un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado como señuelo en el tráfico comercial de la entidad productiva. Con el fin de obtener este emblema, cualquier organización empresarial podrá presentar al Ministerio de Trabajo un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados (art. 50 LOIEMH). Para la concesión del mismo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la paridad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la entidad empresarial (art. 46 LOIEMH). Sin duda, la posesión de tal distintivo puede ser considerada por la Administración como acreditación empresarial para aplicar el criterio social de desempate.

2.- La LOIEMH invita a las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada a procurar incluir en su Consejo de Administración, en los nombramientos que se vayan produciendo a medida que venza el mandato de los actuales consejeros, un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada entre ambos sexos en un plazo de ocho años (art. 75). La mayor o menor diligencia en el cumplimiento de tal previsión por parte de la empresa puede suponer también un claro indicio en su favor a la hora de licitar.

3.- La Ley 3/2007 incorpora un nuevo mandato en el art. 85.1 ET, de conformidad con el cual, y "sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar

medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad". Así pues, las alternativas son dos: o se negocia un plan de igualdad o se negocian "medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral", existiendo en este sentido un deber de negociar que, para ser constitucional, debe ser respetuoso con la libertad de las partes a la hora de "determinar el contenido de los convenios colectivos", por lo que no habrá obligación de llegar a un acuerdo en ninguno de los dos sentidos, pero sí un deber inexcusable de negociar de buena fe sobre estas cuestiones.

La importancia de los planes de igualdad no debe ser minusvalorada, no en vano a través de los mismos se canalizará el conjunto de medidas de acceso al empleo, clasificación y promoción profesional, formación, retribuciones y ordenación del tiempo de trabajo, tendentes a alcanzar en la organización productiva, después de realizar un diagnóstico de situación, la igualdad entre mujeres y hombres y a eliminar las discriminaciones por razón de sexo (art. 45 LOIEMH). Los planes de igualdad tendrán, además, tres partes: 1) la fijación de los objetivos a alcanzar; 2) la estrategia y prácticas a adoptar para su consecución; 3) el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados (art. 46.1 LOIEMH). Es más, la propia LOIEMH se encarga de precisar el procedimiento para la articulación de este deber de negociar planes de igualdad (que no el deber de llegar a un acuerdo, como ya consta) en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores: "en los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios; en los convenios de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad" (art. 85.2 ET).

Como no podía ser de otra manera, la LOIEMH amplía las competencias de los comités de empresa, modificando el art. 64.1 ET con el fin de atribuirles "el derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre los que se incluirán datos sobre la proporción de unas y otros en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre el mismo" (art. 64.1 ET); el derecho de "vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres" [art. 64.1.g c) ET]; y el derecho a "colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de las medidas de conciliación" (art. 64.1.13 ET). Todas estas prerrogativas serán, como fácilmente puede imaginarse, muy útiles.

4.- Teniendo en cuenta que son las mujeres las que han tenido históricamente --y siguen teniendo-- una mayor dificultad para hacer compatible la dedicación a un trabajo por cuenta propia o ajena con la necesaria atención a sus propias necesidades e inquietudes personales y con la plena participación en la vida familiar en condiciones de igualdad con el resto de sus componentes, es importante que la Administración valore la sensibilidad de las empresas en materia de conciliación a través de diversos indicios que pueden recogerse en las memorias de responsabilidad social corporativa como pueden ser, entre otros, el aumento y mejora de los contenidos normativos en materia de permisos, descansos, reducciones y

excedencias previstos a nivel legal para el cuidado de hijos y la atención de familiares, permitiendo una mayor flexibilidad laboral de los trabajadores; la adopción de fórmulas de trabajo a tiempo parcial o de trabajo a distancia y las bolsas de horas; el diseño de cauces para evitar, en la medida de lo posible, los viajes y desplazamientos de los trabajadores con ocasión de su desempeño profesional (carga gravosa que dificulta sobremanera la organización familiar), favoreciendo otras formas de relación menos agresivas de la indemnidad familiar, como puede ser la utilización de vídeo conferencias para celebrar a distancia cuantas reuniones de trabajo fueran necesarias; o la articulación de ventajas y beneficios sociales concretos destinados a facilitar a las trabajadoras, desde distintos puntos de vista, la atención que pueden dispensar a su familia, destacando sobre todo las guarderías incorporadas al propio centro de trabajo u otro tipo de auxilios económicos destinados a sufragar determinados gastos de los hijos (estudios, enfermedades, discapacidades...).

El cumplimiento escrupuloso de todas estas previsiones por una determinada empresa puede servir, igualmente, como pauta a tener en cuenta por la Administración para el desempate en la licitación, no en vano la consecución de la deseada paridad entre sexos en las relaciones laborales no es sólo un derecho fundamental de la mujer, ni sólo un valor superior del ordenamiento, es también un requisito y exigencia para lograr una sociedad más justa y una economía más dinámica y competitiva. Al final --y a través de la preferencia en la adjudicación de los contratos públicos a favor de las empresas especialmente sensibles en materia de igualdad laboral por razón de género--, el empleo de las mujeres quedará favorecido.

7.6.- Preferencias supletorias

Para evitar que posibles lagunas en los pliegos dejen sin efecto este tipo de prioridades en caso de equiparación entre las ofertas más ventajosas, el art. 147.2 LCSP establece una regulación específica de desempate, referida también al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas: a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla. b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas. c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas. d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

De todas formas, es difícil que, en un proceso de valoración de ofertas, en el que existe un detallado baremo con puntuaciones decimales, tenga lugar una equivalencia entre distintas propuestas más ventajosas, de ahí que estas preferencias no vayan a tener demasiada trascendencia práctica.

8.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

La posibilidad de supeditar las adjudicaciones de los contratos públicos a la colaboración del adjudicatario en determinadas políticas sociales se muestra ya con claridad en el Libro Verde de la Contratación Pública de la Unión Europea⁷, el cual en su apartado 5.42

⁷ DOCE C-374E, de 28 de diciembre de 2000.

establece la imposición, como condición de ejecución de los contratos administrativos adjudicados, del respeto de las obligaciones de carácter social, encaminadas, por ejemplo, a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de determinadas categorías desfavorecidas. Los poderes adjudicadores pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del mismo que sean compatibles con el Derecho Comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas laborales a favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo.

Con las posibilidades que marca la Directiva 2014/24, el art. 35.1 n) LCSP incluye entre las previsiones expresas que debe de incluir el documento en que se formalice el vínculo público correspondiente, una vez adjudicado, la relativa a "la obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el período de ejecución del contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio de aplicación". En una primera aproximación, se podría cuestionar la pertinencia u oportunidad de incorporar este apartado que no es sino un recordatorio de una obligación que ya recae sobre el empresario contratista en virtud del ordenamiento jurídico laboral vigente y que debiera resultar indisponible para las partes al formalizar el contrato administrativo, si bien no debe soslayarse la importante seguridad jurídica que incorpora para los trabajadores de las empresas adjudicatarias, máxime cuando el art. 122.2 LCSP recoge expresamente la inclusión en los pliegos de cláusulas de condiciones administrativas de "la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación"⁸, de manera que mientras dure el contrato público se ha de entender que el empresario tendrá vedado el poder recurrir a los mecanismos que la legislación laboral actual reconoce para poder inaplicar lo dispuesto en materia retributiva en un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, esto es, al descuelgue de las condiciones salariales previstas o a la aplicación prioritaria de lo dispuesto en el convenio de empresa respecto a otro de ámbito superior. Se está corrigiendo, al menos en el ámbito de la contratación administrativa, una de las aportaciones sustanciales de la reforma laboral de 2012, a saber, la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa sobre los convenios de sector, en los términos previstos en el art. 84 ET, al venir obligadas las empresas licitadoras a satisfacer, en todo caso, los salarios (previsiblemente superiores) del convenio sectorial correspondiente a la actividad externalizada como medida para dignificar las condiciones de trabajo de los trabajadores adscritos a la contrata y evitar estrategias de licitación a la baja a base de reducir costes laborales con grave distorsión de la competencia. En efecto, se evita así que las corporaciones participantes en los procedimientos de contratación pública puedan incurrir en competencia desleal respecto a otras ofreciendo propuestas económicamente más favorables para la Administración mediante la reducción de los costes salariales posibilitada por la inaplicabilidad de lo dispuesto en el convenio sectorial, práctica habitual hasta ahora de la mano de las empresas multiservicio. Con esta regulación se pone fin a la polémica anterior, pues tal exigencia había venido siendo admitida por el TACP de Madrid⁹, pero fue anulada por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 7 de junio de 2017¹⁰.

⁸ En línea con la STJCE 115/14, de 17 de noviembre de 2015, asunto *RegioPost*.

⁹ Resoluciones 3 febrero 2016, 6 octubre 2016, 18 enero 2017, 1 febrero 2017 y 18 julio 2017.

¹⁰ Rec. 318/2016.

Además, el art. 202 LCSP establece, al igual que su precedente, la posibilidad de que los órganos de contratación establezcan condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos¹¹.

Esta exigencia de vinculación al objeto de contrato añade un condicionante que limitará el juego de estas condiciones), pero que viene exigido por el considerando 98 de la Directiva 24/2014, debiendo ser entendido en los generosos términos –ya conocidos pero dignos de reiteración-- que marca la propia LCSP en su art. 145: “cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.

A cambio, el actual art. 202 LCSP establece la obligación de incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución siguientes enunciadas en un listado abierto: “hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de empresas de inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico); o

¹¹ Antes de la actual LCSP, el Informe 16/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ha llegado a la conclusión de que “la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de una condición especial de ejecución en virtud de la cual se obligue a las empresas adjudicatarias a no minorar las condiciones de trabajo (jornada, salario y mejoras sobre la legislación laboral básica) de los trabajadores adscritos al contrato en el que se incorpora la misma, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta, no vulnera el ordenamiento jurídico español ni el Derecho de la Unión Europea siempre que no sea discriminatoria y se respete el principio de publicidad”. Sin embargo, la Resolución núm. 160/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales consideró inadmisibles las siguientes condiciones especiales de ejecución por condicionar el poder de dirección del empresario: “cualquier modificación sustancial de las condiciones de trabajo requerirá conformidad previa por parte del Alcalde; en el caso de declaración judicial de despido improcedente, procede de forma forzosa la readmisión, salvo que el afectado optara por la indemnización, previa aprobación por el Pleno; para un mejor control de los trabajadores, la empresa adjudicataria intentará dentro de lo posible la adscripción de los trabajadores en los ámbitos de las dependencias municipales y colegios”.

garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial".

Conviene tener presente también que el art. 202 LCSP es aplicable, a tenor del art. 319.1 LCSP, a los efectos y extinción de los contratos celebrados también por los poderes adjudicadores no pertenecientes a la categoría de Administraciones públicas, como excepción a la aplicación de las reglas de derecho privado (fundaciones públicas, mutuas, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, fondos sin personalidad jurídica o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos siempre que se cumplan determinadas circunstancias como que su financiación sea mayoritariamente pública, u otro tipo de asociaciones de carácter público).

El art. 202.4 LCSP añade, como novedad, que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo, exigencia que evitará la precarización de las condiciones de trabajo en las cadenas de subcontratación.

9.- POSIBLE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR IMPAGOS SALARIALES

El nuevo art. 211 LCSP incluye como garantía de los derechos laborales una nueva causa de resolución del contrato en su apartado i) cual es "el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma", o "el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato".

El art. 212 LCSP aclara que "la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca. No obstante lo anterior, la resolución del contrato por la causa a que se refiere la letra i) del artículo 211.1 solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista; excepto 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, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio".

10.- SUCESIÓN DE CONTRATISTA Y SUBROGACIÓN EMPRESARIAL: SINTONÍAS Y DIVERGENCIAS ENTRE LA NORMATIVA LABORAL Y LA ADMINISTRATIVA

El art. 130 LCSP apuesta por la permanencia en la ocupación y ratifica la obligación de asumir los contratos del personal de un contratista o concesionario por el nuevo empleador que se haga cargo de la contrata o concesión, declarando, así, la plena aplicación del art. 44 ET. Ahora bien, tal aparente sintonía entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico no debe ocultar que la utilización de la descentralización productiva en el ámbito público y en el privado no son equiparables, desde el momento en que el primero se rige por principios tales como, entre otros, la transparencia, la publicidad, la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores o la salvaguarda de la libre competencia empresarial, mientras en el segundo se parte de la idea madurada de que las organizaciones pueden tener dificultades para realizar de forma óptima todas y cada una de las actividades que componen su cadena productiva, que pueden ser muy heterogéneas teniendo en cuenta la competitividad en mercados globalizados, de suerte que se tiende a la especialización y a la concentración de la organización en aquello que realmente conforma el núcleo duro y central de su actividad (*core business*), encomendando a otros empresarios ajenos la realización de otras tareas auxiliares en aras a una mayor rentabilidad, que no puede sino ir acompañada de ciertas garantías tendentes a la salvaguarda de los derechos de los trabajadores.

Tal disímil perspectiva hace que, si bien los preceptos de la LCSP no son incompatibles con lo dispuesto en la normativa laboral, es necesario una coordinación entre ambos sistemas jurídicos, lo cual no siempre es fácil de llevar a la práctica, surgiendo algunas fricciones necesitadas de solución, singularmente manifiestas en los cuatro supuestos siguientes: decisión de la Administración de dar por terminado el contrato administrativo sin continuación en la prestación del servicio; cesión voluntaria de la contrata por el adjudicatario inicial a un tercero; asunción de la actividad pública externalizada por un nuevo empresario privado tras el consecuente proceso de licitación o, en fin, rescate o reversión de la contrata para la dispensa del servicio público de manera directa por parte de la Administración.

10.1.- Cesación del adjudicatario en la prestación del servicio público anteriormente descentralizado

La decisión administrativa de dar por concluida la prestación de un servicio público anteriormente encomendado a una empresa privada habilita para que el empresario contratista o concesionario acuda, atendiendo al número de trabajadores afectados, a los arts. 51 y 52 c) ET para justificar un despido colectivo u objetivo, fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con el abono de la pertinente indemnización (20 días de salario por año de servicio)¹². Es más, como ha reconocido el Tribunal Supremo, los trabajadores no podrían solicitar la subrogación empresarial si meses después la Administración adjudicara la contrata a un nuevo empresario¹³.

También podría recurrirse a la extinción de los contratos de trabajo por fuerza mayor entendida ésta como *factum principis*, derivada de la supresión de una adjudicación por una

¹² SSTs, Social, 8 julio 2012 (rec. 2341/2011, 28 febrero 2012 (rec. 4139/2010) y 6 junio 2012 (rec. 1623/2011).

¹³ STS, Social, 12 julio 2017 (rec. 20/2017).

decisión administrativa, en cuyo caso los trámites a seguir son los que marca el art. 51.7 ET (constatación por la autoridad laboral de la fuerza mayor, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo procedimiento iniciado mediante solicitud, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del expediente, debiéndose dictar resolución, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, surtiendo efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor).

Cabe plantear también la posibilidad de que la Administración decida reducir parte de la actividad que viene desarrollando el adjudicatario, lo cual puede implicar una reducción del volumen de trabajadores necesarios para llevarla a cabo. Como es sabido, se considera válida la contratación laboral por obra o servicio cuyo objeto sea la realización de una actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el espacio que abarca la contrata. El Tribunal Supremo viene entendiendo que la minoración del volumen de actividad encomendada puede justificar la extinción de cierto número de contratos por causas objetivas al amparo de los arts. 52 c) o 51 ET, pero no la extinción dentro del paraguas del art. 49.1 c) ET, esto es, no cabe la terminación del contrato temporal por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio prestado, con las consecuentes diferencias indemnizatorias (20 días en el primer supuesto y 12 días en el segundo)¹⁴.

10.2.- Cesión voluntaria de la contrata

La circunstancia de que en la contratación administrativa opera una delegación de facultades desde la Administración al empresario contratista o concesionario, cuyo objeto es precisamente una actividad de interés general, y la necesidad de que en dicho adjudicatario concurren las cualidades y condiciones fijadas previamente, son datos que justifican la importancia atribuida al principio de personalidad de la concesión y la habilitación de potestades suficientes en favor de la Administración concedente para que controle, no sólo el cumplimiento de las condiciones previstas, sino que efectivamente sea el propio sujeto seleccionado por ésta quien asuma la prestación de la actividad pública. La identidad del contratista o concesionario es, pues, una cuestión de máxima importancia para la entidad administrativa, no en vano a ésta no le resulta indiferente quién es el titular de la adjudicación.

Ahora bien, los extensos plazos de duración de las contratas y concesiones administrativas hacen que sea muy probable, casi seguro, que se produzcan a lo largo de aquéllas múltiples incidencias que pueden afectar a la identidad del sujeto que, como contratista o concesionario, está obligado a cumplir los deberes inherentes al vínculo administrativo. Es más, en muchas ocasiones esa traslación de las obligaciones del adjudicatario a un tercer empresario puede llevar a la sustitución íntegra del mismo por otro sujeto, tras la oportuna cesión del nexo contractual público. Tal circunstancia no supone sólo un cambio jurídico empresarial de la titularidad de la prestación de servicios públicos de necesario conocimiento y autorización por parte de la Administración, tal y como exige la LCSP, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la condición de los trabajadores que prestaban su esfuerzo productivo a favor del antiguo adjudicatario al calor del art. 44 ET.

¹⁴ SSTS, Social, 16 julio 2014 (Ar. 4426) y 14 junio 2017 (Ar. 5479).

10.2.1.- Exigencias administrativas

Con el objetivo último de dar cumplimiento al consolidado principio de continuidad en la contrata o concesión administrativa, caracterizado por el hecho de que el titular de la misma no puede interrumpir ni suspender el servicio público concedido salvo caso de fuerza mayor, la LCSP dispone lo siguiente: "para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo, la exigencia de los siguientes requisitos: a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión; b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar. d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública (art. 214).

Cumplidos tales condicionantes, la autorización de la transmisión del vínculo administrativo a un tercero no puede conllevar sino, como lógica consecuencia, que ante la Administración, los usuarios y cualquier ajeno, el cesionario adquiera la condición de concesionario. La relación concesional preexistente se extingue por causa de la cesión, quedando el cedente desvinculado de la gestión del servicio y concluyendo su relación jurídica con la Administración concedente, no en vano la empresa adjudicataria ha traspasado a un tercero su relación contractual con la Administración, relación que subsistirá ahora entre el Ente público y el cesionario.

10.2.2.- Sucesión de empresa: requerimientos laborales

A esta misma conclusión debería de llegarse si aplicáramos el ordenamiento jurídico-laboral, pues, en principio, parecería lógico que este sector del ordenamiento, en virtud de su carácter marcadamente tuitivo, apostara por garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de adjudicatario, no en vano el "principio de continuidad de las relaciones laborales más allá de las vicisitudes que pueda experimentar la titularidad de la empresa" debería constituir un principio consolidado del *Ius Laborum*. Ahora bien, el tenor literal vigente incorporado al art. 44 ET, antes de adoptar este criterio de la subrogación empresarial con carácter general, es sumamente claro al condicionar la aplicación de dicho mecanismo al cumplimiento de una serie de condicionantes, pudiendo distinguir varios extremos:

A) Supuestos en los que la actividad requiere una infraestructura o equipamiento

A tenor del art. 44 ET, la asunción por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores reclutados *ab initio*, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empleadores una transmisión "de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Se trata de una condición necesaria,

pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido "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 accesorio" (art. 44.2 ET). Así, si junto con la asunción de la competencia para la prestación del servicio se transmiten cuantos bienes conformaban el activo utilizado para ello, habría de operar el mecanismo de subrogación previsto en el art. 44 ET; sin embargo, cuando tal extremo no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones de este precepto estatutario y, en consecuencia, los contratos de trabajo podrían quedar extinguidos¹⁵.

Teniendo en cuenta los presupuestos subjetivos y objetivos indicados, para que el fenómeno de la transmisión de empresa vaya acompañado del efecto subrogatorio, es necesario que tenga lugar una efectiva cesión de "partes individualizadas" de la entidad empresarial, "siempre que conserven su identidad"¹⁶ y "lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado"¹⁷, esto es, que, en el caso aquí analizado, quede garantizada la eficiencia de la prestación del servicio público frente a los usuarios. En definitiva, para que opere la subrogación, el servicio ha de prestarse con la misma infraestructura, elementos patrimoniales y recursos dispuestos por la empresa anterior, esto es los activos materiales e inmateriales, aunque resulte irrelevante la titularidad de los componentes transmitidos¹⁸. Si la transmisión va acompañada del trasvase de factores patrimoniales significativos para el desarrollo de la actividad objeto de la contrata, ni la ausencia de relación jurídica directa entre empresa saliente y entrante¹⁹, ni la eventual circunstancia de que los bienes que se transmitan no sean propiedad del contratista saliente²⁰, impiden la subsunción en el supuesto de hecho de la norma subrogatoria y, en consecuencia, la aplicación del régimen de garantías establecido en el ET, en el bien entendido sentido de que los soportes a tomar en consideración no son aquellos en relación con los cuales se prestan los servicios, sino las instalaciones, maquinaria y/o equipamiento que en realidad se utilicen para prestar dichos servicios.

Aplicando esta tesis, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que procede la subrogación "en una situación en la que una empresa pública (Adif), titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de servicios o de concesión de servicios (anterior contrato de gestión de servicios públicos) la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal", no en vano la entidad económica ha mantenido su identidad, tal y como exige la Directiva. No desvirtúa esta conclusión a favor de la aplicación de la Directiva

¹⁵ Por todas, STCo 66/1987, de 21 de mayo.

¹⁶ SSTS, Social, 29 abril y 8 junio 1998 (rec. 1696/1997 y 2178/1997).

¹⁷ STS, Social, 27 octubre 1994 (rec. 3724/1993).

¹⁸ STS, Social, 30 mayo 2011 (rec. 2192/2010), en relación con un servicio municipal de retirada de vehículos, ó 26 enero 2012 (rec. 917/2011), referida a un servicio público asistencial. También, SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 19 septiembre 2013 y 6 febrero 2014 (rec. 641/2013 y rec. 547/2013), referidas a la reversión de determinados servicios educativos y de los medios materiales para su atención; Islas Canarias/Las Palmas 30 junio 2014 (rec. 319/2014), donde se recuperan los medios cedidos para el servicio de salvamento, recate y vigilancia del litoral; ó SSTSJ Islas Canarias/Las Palmas 31 marzo 2015 (rec. 706/2014), sobre la recuperación de unas instalaciones deportivas de titularidad pública.

¹⁹ STJUE C-171 y 172/1994, de 7 de marzo de 1996, asunto *Merckx*.

²⁰ STJUE C-340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Abler*.

2001/23 el hecho de que no haya transmisión efectiva de infraestructuras ni materiales, pues éstos siempre fueron propiedad de Adif (con lo cual esta exigencia se da por cumplida) ni tampoco que ésta no se hiciera cargo de los trabajadores porque la actividad no es intensiva en mano de obra sino en equipamiento²¹.

En esta misma línea, hace escasos meses, se ha vuelto a pronunciar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto *Securitas*, considerando que entra en el concepto de transmisión de empresas la pérdida de un cliente por un operador debido a la adjudicación del servicio de vigilancia de instalaciones a otro²². En esta sentencia se determina que: a) cuando la actividad se apoya fundamentalmente en el equipamiento, el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de los antiguos trabajadores de una empresa para el desarrollo de la actividad no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad; b) la circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa; c) únicamente ha de tenerse en cuenta para acreditar la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, el equipamiento que se utilice en realidad para prestar los servicios de vigilancia, excluidas las instalaciones objeto de tales servicios.

Desde tal perspectiva, es cuestionable la concurrencia de esta exigencia de transmisión de elementos patrimoniales en muchos de los supuestos de cesión de contratos, procediendo, en una primera aproximación, bien la extinción de los contratos de trabajo afectados por los empresarios-contratistas o concesionarios alegando causas organizativas o bien la recolocación por estos mismos empleadores en otras dependencias. Tan categórica afirmación merece, empero, atendiendo a lo dispuesto en la normativa laboral, una serie de matizaciones adicionales.

B) Contratos intensivos en mano de obra. La "sucesión de plantilla"

Aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio en los supuestos en los que el cambio de titularidad en la gestión del servicio público no vaya acompañado por la entrega de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva, tal y como se deriva del art. 44 y había venido sosteniendo la doctrina judicial más clásica que rechazaba, como regla general, la sucesión en contratos o concesiones administrativas²³, lo cierto es que esta tesis restrictiva tuvo que ser matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión y no centrando su atención solamente en la concepción de empresa-organización, de conformidad con la cual "dicha entidad [económica organizada] si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente

²¹ STJUE de 26 de noviembre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), ADIF/Algeposa Terminales Ferroviarios S.L. (asunto C-509/2014).

²² STJUE 19 octubre 2017 (asunto C-200/16).

²³ Entre muchas, SSTs, Social, 6 febrero 1997 (rec. 1886/1996) y 21 octubre 1998 (rec. 3556/1997).

destinados de forma duradera a una organización común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción²⁴, sin que nada impida, por ende, que la plantilla sea asumida por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra²⁵. A tenor de esta novedosa doctrina, podría llegarse a concluir que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían *per se* un complejo orgánico --una unidad productiva en sentido funcional y técnico-- encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio *ex lege* respecto de quien se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como una unidad productiva, de manera que en aquellas actividades que no requieren de un importante soporte patrimonial y en las que, diversamente, tiene una gran relevancia el elemento personal, la contratación de una parte importante de los efectivos del antecesor en número y competencias será el criterio determinante para decidir si existe o no trasvase. Por tanto, en las actividades despatrimonializadas puede entenderse producida la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad cuando el nuevo empresario, bien por su propia voluntad o por acuerdo entre las empresas implicadas, se haga cargo de un número significativo de los trabajadores –en términos cuantitativos o cualitativos– que el antiguo empleador venía ocupando en las tareas objeto de la contrata.

Aplicando esta teoría, el Tribunal de Justicia ha dejado claro que "el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal", pues aun cuando se trata de un sector intensivo en mano de obra, el ente municipal no ha asumido parte de los efectivos, requisito *sine qua non* para que opere la subrogación de efectivos²⁶.

Cierto es, por lo demás, que la interpretación extensiva sobre la sucesión de plantillas fue asumida por algunos Tribunales Superiores de Justicia²⁷, e incluso por el Tribunal Supremo²⁸, para aquellos supuestos en los que el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del antiguo adjudicatario sin que el hecho de que no se hayan aportado elementos materiales desvirtúe la calificación de lo sucedido para

²⁴ SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Sánchez Hidalgo y otros*; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Hernández Vidal y otros*; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto *Oy Liikenne Ab*; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto *Temco*, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros* y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto *Giiney-Gorres y Demir*.

²⁵ SSTS, Social, 21, 26 y octubre 2004 (rec. 5075/2003, 4423/2003 y 899/2002), 28 diciembre 2004 (rec. 5329/2003) y 31 enero y 7 febrero 2005 (rec. 6025/2003 y 650/2004)

²⁶ STJUE de 20 de enero de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha), CLECE, S.A./María Socorro Martín Valor, Ayuntamiento de Cobisa (Asunto C-463/09).

²⁷ Por todas, SSTSJ, Social, Canarias/Las Palmas 16 enero 2009 (rec. 129/2008).

²⁸ SSTS, Social, 7 diciembre 2011 (rec. 4665/2010) y 27 abril 2015 (RJ 2015/1714).

aquellos sectores que no exijan material e instalaciones importantes sino que descansan esencialmente en la mano de obra²⁹.

C) La incidencia de la negociación colectiva

Teniendo en cuenta el principio de complementariedad, la subrogación también puede derivar, como mejora del tenor legal, del convenio colectivo aplicable, aspecto de especial transcendencia sobre todo en aquellos sectores de la actividad caracterizados por la prestación de servicios con escaso soporte material y, al tiempo, por una elevada intensificación de la mano de obra. La negociación colectiva puede apostar, así, por la subrogación cuando a tenor de lo previsto en el art. 44 ET no procediera. Las dudas que este tipo de previsiones pudieran suscitar desde la perspectiva de su compatibilidad con la libertad de empresa y la normativa protectora de la libre competencia han sido resueltas por los tribunales a favor de su admisibilidad con la única exigencia de que las corporaciones implicadas se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo correspondiente, pues, de lo contrario, la previsión convencional no resultará vinculante³⁰.

Con todo, cuando el convenio colectivo recoge la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas plantea algunos problemas interpretativos. El principal es si la asunción de una parte significativa de trabajadores en sectores de actividad despatrimonializados da lugar a la aplicación del régimen subrogatorio del art. 44 ET en los términos allí previstos o si las consecuencias deben ser las recogidas en el propio convenio colectivo, independientemente de su correspondencia o no con las garantías legalmente establecidas. A estos efectos, la jurisprudencia mayoritaria viene entendiendo que se aplica el régimen del convenio colectivo *in toto*³¹; esto es, si la norma convencional impone la subrogación obligatoria en un supuesto que no quepa incluir en las previsiones de la Directiva o del art. 44 ET, la norma pactada mantiene plena libertad para fijar las condiciones de subrogación, atendiendo a los principios de complementariedad o concurrencia no conflictiva, pues si no existiera mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, de manera que la regulación pactada aparece como una mejora. Sin embargo, cuando la subrogación deriva de una regla legal, sea cual sea la regulación del convenio, habrá que estar a dicha norma legal³².

Cabe hacer referencia, así, a efectos meramente ilustrativos, a lo previsto en el art. 43 del convenio colectivo estatal de jardinería³³, el art. 14 del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad³⁴, el art. 17 del convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales³⁵, el art. 9 del convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias³⁶, el art. 27 del convenio colectivo estatal de empresas de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia³⁷, el art. 53 del convenio colectivo de agua (captación, elevación, distribución...) ³⁸ o los arts. 70 y 71 del

²⁹ Significativamente, STS, Social, 23 octubre 2009 (rec. 2684/2009).

³⁰ SSTs 28 octubre 1996 (rec. 566/1996) y 10 diciembre 2008 (rec. 2731/2007).

³¹ SSTs, Social, 10 mayo 2016 (RJ 2016, 3251) ó 2 junio 2016 (RJ 2016, 3745).

³² STS, Social, 20 diciembre 2017 (rec. 335/2016).

³³ BOE de 9 de agosto de 2018.

³⁴ BOE de 1 de febrero de 2018.

³⁵ BOE de 23 de mayo de 2013.

³⁶ BOE de 6 de marzo de 2018.

³⁷ BOE de 5 de junio de 2010.

³⁸ BOE de 4 de noviembre de 2015.

convenio colectivo de servicios de atención a personas dependientes³⁹. En tales supuestos, la jurisprudencia parece exigir que, para que la subrogación tenga lugar, ésta ha de "aparecer [necesariamente] impuesta por norma convencional eficaz"⁴⁰ y ejercerse en los términos y con el alcance señalado⁴¹ en el convenio. Es decir, ha de atenderse a la redacción de la cláusula convencional referida a la transmisión de empresa, en cuyo caso quedan salvados y mejorados los criterios generales incorporados al art. 44 ET referidos a la cesión de elementos personales o patrimoniales que permitan continuar con la actividad.

10.3.- Sucesión de contratistas tras un proceso de licitación

El supuesto más frecuente en la práctica es que la actividad o el servicio de la Administración pase de una empresa privada a otra empresa privada tras un nuevo proceso de licitación.

10.3.1.- Pertinencia y publicidad

Atendiendo a las libertades y principios en los que se fundamenta el sistema comunitario de contratación pública, esto es, suprimir las trabas a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en dos ocasiones principales sobre las posibilidades de introducir en los pliegos de condiciones administrativas obligaciones de subrogación empresarial por parte del nuevo adjudicatario. Y, así, ha entendido, en un primer momento, que la aplicación del principio de transmisión de empresas "a los supuestos de cambio de titular en la explotación de una concesión administrativa de transporte público no podía entenderse como un obstáculo a la competencia entre empresas..., pues los operadores conservan su margen de maniobra para hacer jugar la competencia entre ellos"⁴².

No obstante esta tesis inicial, el propio Tribunal Europeo en otro pronunciamiento más reciente procede a matizar el contenido fundamental de esta tesis, entendiendo que la ampliación del radio de acción normativa de las garantías de la transmisión de empresa ante un contrato administrativo más allá de la aplicación de la Directiva 2001/23 podría llegar a ser considerada restrictiva de la libre competencia. Así, cabe mencionar el asunto *Aeropuertos italianos*, en el cual se considera contraria al Derecho Comunitario una previsión del Derecho

³⁹ BOE de 18 de febrero de 2018.

⁴⁰ STSJ, Social, Madrid 1 septiembre 2005 (rec. 2363/2005).

⁴¹ Conforme señalan algunos pronunciamientos, "los efectos subrogatorios se limitan exclusivamente a la novación de los contratos de trabajo de los trabajadores que se integren en su plantilla `respetando sus antigüedades como el resto de los derechos adquiridos por el trabajador hasta el momento del cambio del contrato', sin que pueda hacerse extensiva su responsabilidad a las consecuencias derivadas de la posible aplicación del art. 44 ET, al no existir una subrogación en los términos previstos en dicha normativa, reguladores de los supuestos de sucesión de empresa" [STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 18 mayo 2005 (rec. 851/2005)]; o, en otros términos, la "norma convencional no prevé una subrogación igual o similar a la del art. 44 ET sino una nueva contratación tras un proceso de selección imponiendo sólo un porcentaje de nuevas contrataciones pero no la subrogación o novación de los contratos anteriores" [STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 31 enero 2002 (rec. 1926/2001)].

⁴² STJUE 172/1999, de 4 de diciembre de 2000, asunto *Oy Liikenne*. También STS 27 abril 2015 (RJ 2015/1714), comentada por TODOLÍ SIGNES, A. y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Pamplona (Aranzadi), 2017, págs. 61 y ss.

italiano (Decreto Legislativo nº 18/99) que contemplaba dos medidas de protección de los trabajadores que pudieran verse afectados por el proceso de liberalización del mercado de asistencia en tierra de los aeropuertos. En primer lugar, se imponía a los operadores que accedieran a dicho mercado la obligación de asegurar, durante los 30 meses siguientes a la entrada en vigor de la norma, el mantenimiento de los niveles de empleo y la continuidad de las relaciones laborales del personal dependiente del anterior prestador de servicios. En segundo lugar, cualquier transmisión de actividades que afectase a una o más categorías de servicios de asistencia en tierra debía llevar aparejada la asunción del personal del anterior prestador de servicios de manera proporcional a la parte de tráfico o de las actividades que asumiera. Tales previsiones impiden, en palabras del Tribunal, que “los prestadores de servicios que deseen acceder al mercado de la asistencia en tierra elijan su propio personal y, por consiguiente, el tipo de organización de los servicios que van a prestar para poder ejercer su actividad en el mercado⁴³.”

En perfecta sintonía con esta última postura y con el juego de la subrogación desde el punto de vista de la normativa laboral, el art. 130 LCSP, en su párrafo 1º, establece, en tenor literal que conviene reiterar: “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”. Se trata, pues, de una garantía de transparencia sobre la realidad laboral existente de cara a los eventuales licitadores, lo cual garantiza una subrogación viable cuando menos por lo que respecta a los costes laborales.

Es más, el párrafo segundo del art. 130 LCSP extiende la obligación de subrogación en los casos de socios trabajadores de las cooperativas y, para todas las personas con discapacidad, de centros especiales de empleo. Con tal previsión queda claro, recogiendo doctrina judicial anterior, que con independencia del convenio colectivo aplicable al centro especial de empleo, se aplica el mecanismo de subrogación⁴⁴.

⁴³ STJUE 460/02, de 9 de diciembre de 2004, asunto *Comisión contra Italia*.

⁴⁴ SSTs, Social, 29 febrero 2013 (rec. 3081/2011) y 9 abril 2013 (rec. 304/2012).

Asimismo, el art. 130.4 LCSP deja claro que "el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista por el incumplimiento de estas obligaciones".

Y el art. 130.5 LCSP añade que "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".

Obligaciones adicionales de información establece el art. 44.6 y 7 ET, pues el cedente y el cesionario deberán comunicar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad, los siguientes extremos: a) Fecha prevista de la transmisión. b) Motivos de la transmisión. c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión. d) Medidas previstas respecto de los trabajadores. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.

En todo caso –permitase la reiteración--, conviene tener en cuenta cómo el art. 130.1 LCSP sienta que la subrogación tendrá lugar únicamente cuando así derive de "una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general", sin mencionar los pliegos de condiciones, que venían siendo admitidos tradicionalmente por la doctrina judicial social como instrumentos habilitados para imponer la sucesión de empresa⁴⁵, pero no por la contencioso administrativa⁴⁶. No obstante, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en un reciente pronunciamiento ya había cambiado de criterio, entendiendo que únicamente "son las normas laborales y los convenios colectivos los que establecen dicha obligación de subrogación y no el pliego contractual público, que solo establece una obligación de información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte dicha medida, con la finalidad de que los licitadores puedan evaluar los costes laborales, de modo que el futuro licitador debe conocer la totalidad de obligaciones que asume en caso de resultar adjudicatario del contrato, que son, no solo las propiamente objeto del contrato, sino también aquéllas que proceden de otras normas distintas de la legislación contractual. Esta información a los licitadores se puede llevar a cabo en el propio pliego o en la documentación complementaria y para ello el antiguo concesionario viene obligado a proporcionar al órgano contratante dichos datos"⁴⁷.

Sea como fuere, ahora, tras el tenor legal del art. 130.1 LCSP la obligación de subrogación no puede resultar de los pliegos, que únicamente tendrán una función informativa de la existencia de una obligación de subrogación derivada de la normativa social, incluidos los convenios, pero no constitutiva de forma autónoma, de modo que, tal y como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, procede entender que el silencio en los pliegos de contratación sobre tal obligación de subrogación no eximiría al adjudicatario de tal deber laboral, en aplicación del tradicional principio jurídico "*ignorantia legis neminem excusat*"⁴⁸.

⁴⁵ SSTS, Social, 20 septiembre 2010 (rec. 17/2010), 4 junio 2013 (rec. 58/2012), 13 noviembre 2013 (rec. 1134/2012) y 14 septiembre 2015 (rec. 191/2014).

⁴⁶ STSJ, Cont-Admtivo, 18 febrero 2016 (rec. 1725/2015).

⁴⁷ STS, Social, 12 diciembre 2017 (rec. 668/2016). También STSJ, Social, Madrid 30 mayo 2013 (rec. 12011/2011).

⁴⁸ Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Procede dar cuenta, en este contexto, de un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo que había entendido obligatoria la subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios en los supuestos de cambio de titularidad de la contrata al haberlo previsto así un Acuerdo entre la Entidad pública y los sindicatos, admitiendo los acuerdos sobre condiciones de trabajo en las Administraciones como cauce adecuado para recoger la obligación de establecer disposiciones subrogatorias en los pliegos de cláusulas particulares y de condiciones técnicas de los contratos administrativos para la adjudicación de servicios públicos⁴⁹.

En fin, cabe plantear una última cuestión: si es posible incluir la obligación de subrogación como criterio no preferente de adjudicación sino de valoración de las ofertas junto a otros, entendiendo el Tribunal Supremo que serán las circunstancias de cada caso en particular las que justifiquen si la subrogación debe valorarse, en atención a que el hecho de que sean esos trabajadores y no otros contratados *ex novo* (en directa relación con el objeto del contrato) aporte algún tipo de valor añadido, pues en otro caso, es decir, si a efectos de ejecutar el vínculo administrativo resulta irrelevante que se desarrolle con los trabajadores subrogados o con otros contratados al efecto, la subrogación podrá exigirse o no en los pliegos si por normativa laboral resulta pertinente, pero no puede ser elemento valorativo en la adjudicación⁵⁰. Coincide en el sentido de esta respuesta el actual art. 145 LCSP, que, entre los criterios de valoración de las ofertas, no menciona la inclusión de una propuesta de subrogación empresarial.

10.3.2.- Condiciones aplicables tras la subrogación

El contenido de la obligación de subrogación laboral en el marco de la contratación pública puede resumirse en el sentido siguiente: "a) la subrogación empresarial solo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras; b) la obligación de subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad siempre que en conjunto sean más favorables⁵¹; c) el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores; la subrogación no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador"⁵². Es decir, el nuevo empleador podrá utilizar las facultades modificativas que le concede la legislación laboral (arts. 40, 41, 82.3 ET...), pudiendo también iniciar la negociación de un convenio posterior a la transmisión.

En este marco, singular mención merece un reciente pronunciamiento judicial relativo a una subrogación convencional derivada de una renovación en una contrata de seguridad, donde la nueva empresa asume a los trabajadores de la saliente pero con aplicación de su convenio de

⁴⁹ STS, Cont-Admtivo, 30 abril 2014 (rec. 1416/2013).

⁵⁰ STS, Social, 4 junio 2013 (rec. 58/2012).

⁵¹ STJUE de 6 de septiembre de 2011, asunto *Scattolon*.

⁵² STSJ, Social, Castilla y León/Burgos 6 febrero 2014 (rec. 60/2014).

empresa y, por tanto, modificando las condiciones laborales que eran de aplicación a dichos trabajadores a los que afectaba el convenio colectivo de sector, que preveía la subrogación en caso de alteración de la empresa contratista. El Tribunal Supremo entiende que, "no previendo nada en absoluto sobre la aplicación de las condiciones laborales el propio convenio sectorial para el caso de que la empresa entrante tenga un convenio propio, las condiciones aplicables a los trabajadores subrogados deben ser las previstas por el art. 44 ET, es decir, aquellas contempladas en el convenio colectivo aplicable a la anterior contrata"⁵³. Precisamente, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020, recoge la "intensificación de actuaciones en caso de personas trabajadoras afectadas por subrogaciones empresariales que sufren una merma de sus salarios al no respetarse las condiciones retributivas de la empresa de la que preceden, (siendo el caso) más paradigmático el de los vigilantes de seguridad privada".

Todo ello sin olvidar, de un lado, que la aplicación del convenio colectivo del sector, como fuente reguladora de las condiciones de trabajo, se mantendrá hasta la fecha de la expiración del mismo o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable, salvo pacto en contrario establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores (art. 44.4 ET) siempre que las nuevas condiciones fueran en su conjunto más favorables que las de la empresa cedente, interpretación que se puede deducir, aplicando *a sensu contrario*, un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud del cual las empresas privadas que continúen la prestación de un servicio anteriormente prestado por una Administración Pública deben respetar, si concurre una verdadera transmisión de empresa, el convenio colectivo vigente en el momento de la subrogación, si bien la celebración de un nuevo convenio colectivo para la Administración Pública no vincula a esa empresa privada, máxime cuando no ha podido intervenir en su negociación⁵⁴, debiendo entender inválidos los acuerdos que modifican *in peius* las condiciones de trabajo de los empleados transferidos anticipando la expiración del convenio colectivo de la cedente⁵⁵.

La regla central sobre la que gira el art. 44.4 ET consiste en la voluntad de garantizar que la transmisión no altere, por sí misma, el convenio colectivo de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida, puesto que el mismo seguirá rigiendo las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la transmisión, quienes, en contrapartida, no podrán exigir en un primer momento la aplicación del convenio colectivo de la empresa cesionaria por el mero hecho de la sucesión empresarial y tampoco de las modificaciones habidas en el convenio de origen con posterioridad a la transmisión. Esta garantía está sometida, sin embargo, a un límite temporal, que puede derivar de cualquiera de las siguientes circunstancias: la fecha de expiración del convenio de origen o la entrada en vigor de un convenio que resulte aplicable a la entidad traspasada que deberá ser negociado con posterioridad a la transmisión.

10.3.3.- Responsabilidades salariales del contratista saliente

Como pauta de cierre, el art. 130.6 LCSP deja claro que, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el art. 44 ET, el pliego de cláusulas administrativas particulares

⁵³ STS, Social, 31 mayo 2017 (rec. 234/2016).

⁵⁴ STJCE 246/2011, de 18 de julio de 2013, asunto *Alemo-Herron*.

⁵⁵ SAN, Social, 14 julio 2014 (rec. 108/2014).

siempre contemplará la obligación del contratista saliente 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".

Aun cuando tal previsión tiene una finalidad clara, cual es evitar el encarecimiento de costes en mano de obra por parte del contratista inicial con repercusión en el nuevo adjudicatario, lo cierto es que se obliga a que los pliegos excepcionen la aplicación del principio de responsabilidad solidaria que el art. 44.3 ET atribuye al cedente y al cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, durante tres años respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, incluyendo salarios impagados, las indemnizaciones por despido pendientes de abono, así como la responsabilidad que el art. 168.2 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), confiere a ambos igualmente frente a las cotizaciones pendientes de ingreso con los recargos correspondientes y las prestaciones causadas con anterioridad a la transmisión.

Cabe preguntarse aquí si un pliego de condiciones tiene capacidad para modificar este régimen legal, no en vano el art. 34 LCSP sienta que "en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios... al ordenamiento jurídico", pues, como no podía ser de otra manera, resultan indisponibles para el sector público y para el contratista las normas de *ius cogens*, en este caso, con referencia al art. 44 ET. Por tal motivo, en una primera aproximación, se pensó que el art. 130.6 LCSP establecía un régimen de responsabilidad íntegra y exclusiva del contratista saliente únicamente ante un supuesto de subrogación convencional (y no legal), donde no habrá responsabilidad solidaria del nuevo adjudicatario sino que toda la responsabilidad se atribuye al primero⁵⁶. Esta cuestión ha sido recientemente analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 11 de julio de 2018⁵⁷, que versa sobre un supuesto de resolución de un contrato de vigilancia de instalaciones celebrada con una contratista y la subsiguiente formalización de un nuevo contrato con otra empresa, que se hace cargo de una parte sustancial del personal en virtud de un convenio colectivo que no establece la responsabilidad solidaria entre contratista y concesionario a la que alude el art. 44.3 ET, llegando el Tribunal europeo a la conclusión de que se trata de una confrontación entre disposiciones normativas nacionales que se escapa de su competencia. Hasta el momento, y a la espera de nuevas resoluciones, el Tribunal Supremo ha entendido que para los supuestos de subrogación convencional "no se aplica el régimen previsto en la ley sino el previsto en el convenio con sus requisitos y consecuencias... De esta forma, si el convenio no establece la obligación de asumir las deudas anteriores a la subrogación, la empresa cesionaria no es responsable de las mismas"⁵⁸. Sin embargo, en

⁵⁶ Con fundamento en la STS, Social, 7 abril 2016 (rec. 2269/2014), GARCÍA ROMERO, B.: "Sucesión de contratos de la Administración Pública. Reflexiones críticas a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público", XXXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 2018, pág. 10.

⁵⁷ C-60/2017.

⁵⁸ STS, Social, 10 mayo 2016 (rec. 2957/2015).

Sentencia de 27 de septiembre de 2018⁵⁹ entiende que ha de aplicarse las garantías del art. 44.3 ET a pesar de que la subrogación provenga del mandato del convenio. A la luz de esta nueva doctrina parece que el art. 130.6 LCSP ha quedado vacío de contenido.

10.4.-Reinternalización

La necesidad de controlar el gasto público va a provocar que, en muchas ocasiones y sobre todo a partir del año 2005, la propia Administración decida asumir la prestación directa de actividades previamente descentralizadas a favor de empresarios contratistas o concesionarios, a quienes se había acudido con frecuencia para la cobertura de diferentes finalidades como pueden ser la ayuda a domicilio, el cuidado de discapacitados profundos, la gestión de entidades culturales, deportivas o guarderías, la explotación de centros culturales o de teatros públicos, el tratamiento de expedientes simples, la toma y grabación de datos para la informatización de un servicio, la limpieza de instalaciones y dependencias públicas, la conservación y el mantenimiento de zonas verdes, la limpieza urbana, la gestión del servicio de estacionamiento limitado o, por no seguir, la puesta en funcionamiento de equipamientos y sistemas informáticos.

En todo caso, la decisión de recuperar la gestión del servicio público externalizado para su provisión por la propia Administración, o por entidades públicas vinculadas, ha de adoptarse por el órgano competente previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, teniendo en cuenta las normas de contratación, presupuestarias y financieras, diferenciando si se trata de una recuperación del servicio ante la finalización del contrato; de una resolución anticipada del mismo como consecuencia de razones de interés público debidamente motivadas, acompañada de la pertinente indemnización a favor del adjudicatario por los daños que dicho acuerdo de extinción *ante tempus* produce; o de la tramitación de un expediente por infracción ante incumplimientos de suficiente entidad, comprobados y demostrables, del contratista, supuesto este último llamado a generar conflictividad judicial.

10.4.1.- La aplicación de los postulados generales en virtud de la Directiva 2001/23

La primera duda que surge es si en este marco (sector público) cabe aplicar los mecanismos de subrogación empresarial previstos en el ordenamiento laboral. Procede aquí abrir un paréntesis y parar mientes en el art. 1.1 c) de la Directiva 2001/23, pues, al igual que hacía su precedente, la Directiva 77/187, excluye del ámbito de aplicación de la misma "la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas". Ahora bien, tal tenor ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entendiendo que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho Público o una Administración no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, siempre que no se trate de tareas propias del ejercicio del poder público⁶⁰.

Es más, los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una reestructuración dentro de la Administración Pública, también se

⁵⁹Rec. 2747/2016.

⁶⁰ Por todas, STJUE C-463/09, de 20 de enero de 2011, asunto *Clece*, comentada por CALVO GALLEGOS, F.J.: "Transmisión de empresas, sucesión de contratos y sector público", *Temas Laborales*, núm. 114, 2012, pág. 224. También, STJUE C-108/10, de 6 de septiembre de 2011, asunto *Scattolon*. Con carácter más reciente, SSTJUE C-416/16, de 20 de julio de 2017, asunto *Piscarreta* y C-200/16, de 18 de septiembre de 2017, asunto *Securitas*.

encuentran tutelados por la Directiva, pues si se acogiera la interpretación contraria "importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas podrían quedar privados de la protección prevista por la norma comunitaria"⁶¹. Así pues, constituye un lugar común en la doctrina la idea de que las reglas sobre sucesión de empresa se apliquen también en los casos en los que ésta se produce a favor de una entidad de carácter público como consecuencia del rescate de la explotación anteriormente desarrollada por una entidad privada, siendo indiferente la causa por la que tiene lugar la sustitución de la entidad privada por una de carácter público, bien derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos o de un acuerdo de voluntades. En palabras del Tribunal Supremo, "el hecho de que una Administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos determina que, normalmente, estemos ante un supuesto de transmisión de empresa que está situado en el ámbito de aplicación del art. 44 ET"⁶².

10.4.2.- Las dificultades para la asunción del personal afectado por el trasvase

Despejado este interrogante, cabe añadir que, producido el rescate siguiendo los cauces habilitados al efecto, inmediatamente surge otra duda: si los trabajadores afectados por ese trasvase podrían aspirar a integrarse en la propia Administración o entidad pública que asume la prestación del servicio o si tal oportunidad les queda vedada atendiendo a la necesidad de observar los principios de mérito y capacidad a la hora de acceder al empleo público, abriendo la vía para proceder a los correspondientes despidos colectivos u objetivos por la empresa inicialmente adjudicataria.

⁶¹ SSTJCE 343/98, de 14 de septiembre de 2000, asunto *Collino* y STJCE 298/94, de 15 de octubre de 1996, asunto *Henke*.

⁶² STS, Social, 19 septiembre 2017 (rec. 685/2017), citando la STS, Social, 30 mayo 2011 (rec. 2192/2010).

Para dar respuesta a esta incertidumbre, es menester seguir el siguiente razonamiento secuenciado en varias fases:

A) Condicionantes legales

La subrogación empresarial puede derivar de lo dispuesto en una norma legal, que no ha de ser necesariamente el art. 44 ET. En efecto, habrá que tener en cuenta también lo previsto en las disposiciones normativas promulgadas sobre el traspaso de medios materiales y recursos humanos que fueran aplicables, si es que las hubiere, pues en algunas ocasiones recogen de forma clara el principio de sucesión empresarial, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (art. 75.4), que refrenda la obligación de subrogación por parte del nuevo contratista y la responsabilidad solidaria entre el cedente y el cesionario tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social⁶³, o también en la disposición adicional 8ª de la Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat Valenciana, que dispone cómo el personal quedará subrogado con las mismas condiciones contractuales y convencionales que prestará sus servicios dependiendo orgánicamente de la Conselleria competente, hasta la extinción del contrato por causa legal". En parecidos términos se expresa también la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, en virtud de la cual los trabajadores permanecen en la situación anterior en determinados supuestos de modificación del régimen de personificación de los empleadores, que pasan de constituir una fundación de titularidad pública y unos consorcios entre Administraciones o una sociedad mercantil pública a ser sucedidos por unas agencias públicas empresariales a las que se han asignado cometidos de aquéllos⁶⁴.

En segundo término, procedería la subrogación también, lógicamente, si se cumplieran las exigencias que marca el art. 44 ET anteriormente analizadas, esto es, por un lado, el cambio de titularidad y, por otro, la transmisión de un conjunto organizado de bienes. En aquellas actividades cuya explotación exija instalaciones o medios materiales importantes, lo determinante será que el ente público los adquiera o recupere para poder continuar desempeñándolas. La práctica judicial proporciona algunos ejemplos de transmisión de los elementos patrimoniales que constituyen la herramienta para la prestación del servicio, integrándose en la explotación desarrollada por el cesionario, tal y como sucede con la reasunción de los servicios de residencias geriátricas por una conserjería, acompañada del local y los enseres necesarios⁶⁵, con la recuperación de la explotación de un camping municipal con todos sus elementos⁶⁶, con la reasunción de los servicios de guardería infantil por un Ayuntamiento, manteniendo el inmueble y la clientela⁶⁷ o de un centro de enseñanza musical, conservando el mismo alumnado, instalaciones, mobiliario y materiales⁶⁸.

⁶³ En cuyo caso, la subrogación deriva de la propia Ley. Resolución 256/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 10 de marzo de 2017.

⁶⁴ SSTs, Cont-Admtivo, 30 septiembre 2013 (rec. 3633/2012), 11 febrero 2014 (rec. 3998/2012) y 17 febrero 2016 (rec. 3944/2014).

⁶⁵ SSTSJ, Social, Extremadura 3 febrero 2011 (rec. 645/2020) y Castilla y León/Valladolid 22 noviembre 2006 (rec. 1859/2006).

⁶⁶ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 13 enero 2009 (rec. 1252/2008).

⁶⁷ STS, Social, 15 y 18 julio 2005 (rec. 2187/2005 y rec. 2395/2005).

⁶⁸ STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 25 julio 2012 (rec. 1282/2012).

Sin embargo, la concurrencia de tal requisito de transmisión patrimonial ha sido analizada también por dos sentencias del Tribunal Supremo, en las que ha negado la aplicación del art. 44 ET, por entender: en un supuesto de recuperación por un Ayuntamiento de la actividad recaudatoria de tribunos municipales, que los bienes muebles y los equipos informáticos de la anterior empresa ni constituían un soporte económico suficiente para que continuase la acción empresarial precedente ni eran un soporte propiamente transmitido por la empresa anterior al Ayuntamiento, ya que los muebles eran objeto de un contrato de alquiler y los equipos informáticos tampoco se habían cedido, sino que eran objeto de un contrato anual suscrito entre el Ayuntamiento y una tercera empresa que los suministraba⁶⁹; y tampoco se ha aplicado la subrogación en un caso de recuperación del servicio de grúas municipales por un consistorio, al considerar que los bienes vinculados a la ejecución del servicio eran de titularidad pública⁷⁰.

No obstante, la jurisprudencia comunitaria, con fundamento en la sentencia Adif anteriormente mencionada, apunta a la irrelevancia de este tipo de circunstancias para que opere la subrogación, pues, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva".

El Tribunal Europeo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un supuesto de reversión de servicios públicos locales, donde una empresa municipal, cuyo único accionista es un municipio, se disuelve mediante acuerdo del órgano ejecutivo de ese municipio, y cuyas actividades se transfieren parcialmente a dicho municipio y pasan a ser ejercidas directamente por éste, y parcialmente a otra empresa municipal reconstituida a tal fin, de la que el propio municipio es el único accionista (asunto *Piscarreta Ricardo*), recordando que para que proceda la subrogación, aunque afecte a un trabajador en excedencia, es necesario que la transmisión recaiga sobre una unidad económica que mantenga su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario y que para valorar esta exigencia "deberán tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades"⁷¹.

Recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado también en varias ocasiones sobre la reversión de la actividad tras finalizar la contrata. Procede mencionar, así, la Sentencia de 19 de septiembre de 2017⁷², que entiende que concurre la obligación de subrogación por el Ministerio de Defensa dada la transmisión de elementos patrimoniales significativos e imprescindibles para llevar a cabo la actividad transmitida, en este caso el servicio de

⁶⁹ STS, Social, 17 y 19 junio 2002 (rec. 4405/2000 y 4425/2000) y 14 abril 2003 (rec. 4228/2000).

⁷⁰ STS, Social, 30 mayo 2011 (rec. 2192/2010).

⁷¹ STSJCE de 20 de julio de 2017, asunto C-416/16.

⁷² Rec. 2629/2016.

restauración (frigoríficos, congeladores, hornos y utensilios) y cocinas con independencia de que estos medios siempre hubieran sido propiedad de la Administración. Cabe señalar, también, una Sentencia de 26 de septiembre de 2017⁷³, en virtud de la cual la empresa Renfe decide recuperar los servicios de información y atención al cliente y servicios auxiliares de uno de sus centros de trabajo (intensivos en recursos humanos) que se habían venido prestando a través de una contrata, pasando a prestar estos servicios con sus propios trabajadores, por lo que no se hace cargo de ningún trabajador de la empresa contratista, la cual procede a cesar por causas objetivas a los trabajadores que estaban prestando dichos servicios. El Tribunal considera que la reversión de la contrata no implica sucesión de empresa ni, por lo tanto, obligación de subrogación con base en los siguientes tres argumentos: a) la empresa revierte determinados servicios que había externalizado y que descansan esencialmente en la mano de obra, pero no consta transmisión de medios o infraestructura material; b) tampoco consta que haya incorporado a su plantilla el núcleo mayoritario de trabajadores de la contratista; y c) la transmisión no tiene por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular, no en vano la identidad de la entidad económica controvertida descansa esencialmente en la mano de obra y no puede mantenerse si el cesionario no se hace cargo de la mayor parte de la plantilla.

B) Incidencia de cláusulas convencionales

Si la subrogación no procediera como consecuencia de la falta de concurrencia de los requisitos del art. 44 ET, deviene necesario valorar si viene establecida en convenio colectivo. Ahora bien, las cláusulas convencionales sectoriales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratas no pueden ser, sin más, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración u otro ente administrativo, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos⁷⁴; es decir, el convenio colectivo "ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación"⁷⁵, razón por la cual la subrogación incorporada en una norma paccionada no obligaría a la Administración⁷⁶. La empresa concesionaria o contratista es, pues, quien debe proceder a la extinción de los contratos y al abono de las indemnizaciones.

De todas formas, tampoco hay que perder de vista que en alguna Corporación Local de escasas dimensiones, es el convenio colectivo de sector el que regula las condiciones de trabajo de los trabajadores no funcionarios. Surge, entonces, la duda de si la Administración que pase a prestar directamente el servicio se debería subrogar en la posición de la empresa anterior, debiendo entender que en tales supuestos la respuesta ha de ser afirmativa, pasando los afectados a ser considerados, tal y como establece algún pronunciamiento judicial, indefinidos no fijos al servicio del Ente público Local en cuestión si fueran trabajadores fijos de la empresa anterior, manteniéndose en su puesto de trabajo sólo hasta que la plaza se cubra por el

⁷³ Rec. 3533/2015.

⁷⁴ Entre otras, STS, Social, 22 mayo 2000 (rec. 2892/1999).

⁷⁵ STS, Social, 28 octubre 1996 (rec. 566/1996).

⁷⁶ SSTs, Social, 21 abril 2015 (rec. 91/2014) y 28 marzo 2018 (rec. 940/2016).

procedimiento reglamentario o se amortice⁷⁷. En estos casos, a la luz de alguna sentencia, procedería incluso la subrogación parcial en la porción de la jornada de trabajo que los trabajadores desempeñaban en la contrata que se transmite, pero no en el resto de aquella que queda inalterada y se deberá seguir prestando en los centros de trabajo respectivos de la empresa cedente ajenos al vínculo administrativo⁷⁸.

En perfecta sintonía con las exigencias de la legislación laboral analizadas anteriormente, el nuevo art. 130.3 LCSP prevé que “en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”, excluyendo, por tanto, los pactos de eficacia limitada con los representantes de los trabajadores y las incorporaciones decididas voluntariamente por la Administración.

Cabe plantear el interrogante relativo a si la LCSP da soporte legal a la posibilidad de que los convenios de las Administraciones Públicas y sus empleados laborales pueden incluir cláusulas de subrogación respecto de los trabajadores de las anteriores empresas contratistas en los supuestos de reversión. En primer lugar, podría aducirse que la no afectación de estos últimos por los instrumentos de negociación previstos en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), implicará el carácter no obligatorio para ellos, debiendo estar a los efectos de una subrogación contractual que requiere el consentimiento de los trabajadores, exigencia que en la práctica no supondría problema alguno para el colectivo de trabajadores y menos aún para la empresa cedente que, aunque no le vincula el convenio, evitaría así la eventual extinción de los contratos y el pertinente pago de las indemnizaciones. Ahora bien, aceptar esta hipótesis implicaría que las Administraciones Públicas, a través de la autonomía colectiva, pueden comprometerse voluntariamente con los representantes de los empleados públicos – en supuestos extramuros del art. 44 ET— a integrar en su plantilla al personal asalariado de las empresas contratistas sin la debida observancia de los principios de mérito y capacidad reconocidos en la CE ni de los procedimientos selectivos previstos en el TREBEP, de manera que el convenio vulnera la norma constitucional y otra de rango legal de derecho necesario absoluto. Por la misma razón tampoco podría admitirse un acuerdo sobre materias concretas a nivel de la propia Administración o uno de sus centros, ni tampoco un acuerdo interprofesional, supuesto este último en el que se une además una falta de asociaciones más representativas de empleadoras públicas o la imposibilidad de afiliarse a las ya existentes, ni tampoco, a la postre, un acuerdo sectorial público, donde también es muy difícil instrumentar la representatividad por la parte empleadora.

⁷⁷ STSJ, Social, Castilla-La Mancha 1 junio 2010 (rec. 106/2010), en la cual por la aplicación del convenio colectivo del sector limpieza pública, viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, se declaró improcedente el despido de una trabajadora por entender que el Ayuntamiento quedó subrogado en la posición de la empresa contratista que había asumido las tareas de limpieza tras la terminación de la misma para asumirla directamente la Corporación Local. En el mismo sentido, STSJ, Social, Castilla-La Mancha 9 junio 2010 (rec. 176/2010), que entiende aplicable a una Entidad Local, ante la inexistencia de convenio propio, el respectivo convenio que regula cada concreta actividad (guarderías, limpieza, etc), en atención tanto a razones de equidad como de evitación de tratos desiguales.

⁷⁸ STSJ, Social, Castilla-La Mancha 2 junio 2015 (núm. 768/2015).

C) Los vetos a la asunción voluntaria de efectivos

La falta de alusión a la posibilidad de incorporar voluntariamente a la plantilla de la Administración trabajadores de la anterior contratista o concesionaria es clara. Ciertamente, ya con anterioridad la Administración no se había hecho cargo de la plantilla en algunos supuestos de reversión, entendiendo los órganos judiciales ajustada a derecho esta decisión. Así, por ejemplo, cabe mencionar que el Liceo Politécnico optó por asumir la actividad de comedor que tenía subcontratada pero no se quedó con las monitoras de la empresa contratista⁷⁹; el Gobierno de Canarias tampoco asumió el personal de mantenimiento de los colegios⁸⁰; la Universidad de Albacete procedió del mismo modo en relación con el servicio de comedor⁸¹ o, en fin, el Ayuntamiento de Cobisa, que también rescató el servicio de limpieza y contrató a cinco nuevas trabajadoras de una bolsa de empleo⁸². Sin embargo, en algunos otros supuestos, se había reconocido la transmisión de empresa a efectos laborales cuando la Administración que rescata el servicio se había hecho cargo voluntariamente de los trabajadores de la empresa contratista, pudiendo citar el supuesto del rescate de los servicios de conserjería, limpieza de colegios y mantenimiento de parques y jardines por el Ayuntamiento de la Línea de la Concepción⁸³.

Así las cosas, el art. 130 LCSP, en su apartado tercero, ha terminado con la posibilidad de "sucesión de plantillas" en los supuestos de rescate o reversión de las contratistas. Trata de evitar que las entidades públicas procedan a incorporar voluntariamente plantilla procedente de la empresa que cesa en el servicio sin estar obligadas a ello por una disposición legal o excepcionalmente una cláusula convencional aplicable, de modo que las Administraciones Públicas no pueden subrogarse en la posición empresarial de forma libre y voluntaria en aquellos casos en que no concurren los presupuestos aplicativos de la sucesión de empresa, en la medida que ello podría significar el incumplimiento de los principios de igualdad, capacidad y mérito que rigen el acceso al empleo público, permitiendo, en gráfica expresión, la utilización "de la puerta de atrás". Esta nueva previsión de la LCSP es la acogida previamente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado⁸⁴, la Abogacía del Estado⁸⁵, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁸⁶ y alguna sentencia del orden contencioso-administrativo⁸⁷.

Por lo demás, es menester aclarar que este veto se aplica cuando se trate de una "Administración Pública"; expresión que, de conformidad con el art. 3.2 LCSP, hace referencia a las entidades que integran la organización territorial del Estado (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales –municipios, provincias, islas en los archipiélagos balear y canario, comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios--), a las entidades que tienen personificación jurídico-pública (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y consorcios) y a las fundaciones públicas,

⁷⁹ STS, Social, 12 julio 2016 (rec. 359/2013).

⁸⁰ STS, Social, 16 junio 2016 (rec. 2390/2014).

⁸¹ STS, Social, 9 diciembre 2016 (rec. 1674/2015).

⁸² STJUE de 20 de enero de 2011, asunto *Clece*.

⁸³ STJUE de 29 de julio de 2010, asunto *UGT*.

⁸⁴ Informe 31/1999, de 30 de junio de 1999.

⁸⁵ Dictamen de 29 de junio de 2005.

⁸⁶ Resolución 75/2013, de 14 de febrero, y 965/2015, de 23 de octubre.

⁸⁷ SSTS, Cont-Admtivo, 8 junio 2016 (rec. 1602/2015)

quedando al margen las sociedades mercantiles públicas, donde sí puede darse la figura de la "sucesión de plantilla" y, por tanto, concurrir la sucesión empresarial cuando la entidad se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que las empresas contratistas destinaban especialmente en los servicios externalizados.

Sea como fuere, si la integración procediera por cumplirse los requisitos legales o en el hipotético caso de aplicación de un convenio colectivo se llevaría a cabo con las condiciones convencionales que se venían aplicando al personal transferido en una suerte de "indemnidad transitoria", pero nada impide que, en su momento y en todo caso después de la transmisión, la entidad del sector público que asuma el servicio negocie un convenio específico para este personal o aplique su propio convenio, de modo que si tal circunstancia hiciese peligrar la estabilidad financiera, puede acogerse incluso a las medidas de inaplicación que posibilita el art. 32.2 TREBEP, en virtud del cual excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán "suspender o modificar el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público".

Todo ello sin olvidar que, tal y como ha señalado también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, los representantes legales de los trabajadores que ejercían tal función en las empresas concesionarias de servicios públicos transferidos, en el supuesto enjuiciado, a un Ayuntamiento, si hay subrogación, continuarán desempeñando su función en las dependencias de este último, al igual que los directivos, pues "el mero cambio de los máximos responsables jerárquicos (que ahora son el Alcalde y los respectivos Concejales) no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última"⁸⁸.

D) Legislación administrativa y presupuestaria sobre prohibición de consolidación de los trabajadores como personal propio. La inconstitucionalidad de la disposición adicional 26ª de la Ley 3/2017

Una vez aclarados los supuestos en los que procede la subrogación de la Administración en los casos de reversión por cumplirse los requisitos legales o, excepcionalmente, convencionales, el legislador se esfuerza en poner severos obstáculos a la consolidación de este personal como empleados públicos en aras a garantizar el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad.

La disposición adicional 26ª Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, actualmente declarada inconstitucional por entender que su contenido excede de las atribuciones de una Ley de Presupuestos⁸⁹, establecía "con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida", que "no podrán considerar como empleados públicos, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o

⁸⁸ STJCE 151/2009, de 29 de julio de 2010, asunto *Ayuntamiento Línea de la Concepción*.

⁸⁹ STCo 31 octubre 2018.

en una entidad de derecho público... los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas... cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos".

En esta misma idea insiste el art. 308.2 LCSP, en virtud del cual "a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista". Y en el art. 312 f) LCSP, que añade, a efectos de evitar una cesión ilegal de trabajadores, una serie de especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, señalando que "se efectuarán en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones".

Este objetivo no es una novedad absoluta, pues ya estaba previsto en la disposición adicional 1ª Real Decreto Ley 20/2012, sin que impidiera que en la práctica judicial se reconociera la consecuencia laboral que se pretendía evitar⁹⁰. Esta disposición establece, recogiendo los términos de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas vertidas en la moción núm. 827 y en la Resolución de 27 de octubre de 2010, la necesidad de que los órganos de contratación dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral. Además de las respuestas que pudieran derivarse, aclara que en los supuestos en los que los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración en virtud de sentencia judicial, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los organismos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias. No tiene en cuenta, por tanto, tal y como había entendido la doctrina judicial el convenio colectivo que en el momento de la cesión ilegal fuera de aplicación en la empresa correspondiente hasta la expiración de su vigencia o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resultara de aplicación en la entidad cedente.

Estas previsiones tratan de evitar una eventual declaración de cesión ilegal con la consecuente adquisición de la condición de indefinido no fijo de los afectados, figura de creación jurisprudencial que intenta cohonestar el postulado de mantenimiento en el empleo

⁹⁰SSTS, Social, 23 noviembre 2016 (rec. 91/16) y 21 febrero 2017 (rec. 2720/15).

con el debido respeto a los parámetros que rigen el acceso al empleo público, a través de un contrato de naturaleza temporal, sujeto a una duración determinada –hasta la cobertura reglamentaria de la vacante o amortización del puesto--, de manera que se conoce la causa de terminación del vínculo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá, generando el derecho a indemnización de 20 días de salario por año de servicio, tanto en el supuesto de amortización de la plaza cuanto en el de cobertura reglamentaria⁹¹.

En todo caso, este tipo de disposiciones, tanto las precedentes como las incorporadas a la LCSP, que tratan de impedir las reversiones por razones meramente ideológicas que integren voluntariamente a trabajadores en el sector público cuando no sea aplicable la sucesión laboral, nos sitúan en el terreno de su eventual virtualidad en el plano de la responsabilidad de los sujetos actuantes que adoptan este tipo de decisiones, ya sean los que realicen actuaciones determinantes de la declaración de la cesión ilegal, ya los que decidan la asunción voluntaria de personal.

En definitiva, conectan con lo establecido en la disposición adicional 34^a Ley 3/2017 (incluida con vigencia indefinida en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales para 2018), la cual tras aludir en su punto dos a la necesidad de evitar los fenómenos de contratación temporal irregular y de prohibir la atribución de la condición de indefinido no fijo a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial –algo que englobaría los supuestos de cesión ilegal, pero también los de asunción voluntaria tras una reversión--, dispone en el punto tres que “las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos..., de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”.

Por tanto, una lectura detenida de la literalidad e integradora de todas estas limitaciones administrativas y presupuestarias lleva a entender que no parece que se trate de normas tendentes a impedir el juego de las reglas laborales sobre sucesión en los casos de reversiones administrativas, pues tratan de recordar a los gestores públicos que si no concurren los presupuestos aplicativos para la subrogación (norma legal, convencional o acuerdo de eficacia general) ésta no procede, de manera que si tales sujetos desatienden este mandato y acaban contratando voluntariamente a una parte sustancial de la mano de obra de la empresa predecesora en número y competencias no puede ser aplicado el criterio de sucesión de plantillas, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de los sujetos actuantes.

Menos restrictivo que el párrafo primero era el apartado segundo de la disposición adicional 26^a Ley 3/2017, en relación con la incorporación del personal en sociedades mercantiles públicas, cuyo tenor literal rezaba: “en aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido (en el párrafo anterior) sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de

⁹¹ STS 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015).

efectivos". Así, la incorporación de los trabajadores de los contratistas de obras o de servicios públicos en una sociedad mercantil pública, se materializará en calidad de personal indefinido, si la imponen los tribunales, o solo como indefinidos no fijos, si la decide libremente la propia Administración Pública matriz o la sociedad mercantil, de modo que en este último caso la sociedad mercantil deberá poner en marcha algún procedimiento para la cobertura reglamentaria de las plazas con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, procediendo a la extinción de los contratos de aquellos trabajadores que no superen el proceso de selección en los términos previstos en los arts. 52 c) y 51 ET.

En suma, independientemente de lo dispuesto en la disposición adicional 26ª, lo que está claro es que la Administración que recuperaba la prestación de un servicio sólo tenía que subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores de la contratista cuando se dé el supuesto de hecho de la normativa subrogatoria laboral, esto es, cuando se produzca la transmisión de elementos patrimoniales, de modo que se entreguen la infraestructura u organización básica para la explotación del servicio de que se trate. Por el contrario, si la Administración decide prestar por sí misma una actividad o servicio que hasta el momento se gestionaba mediante contratistas, pero no se transmiten elementos patrimoniales significativos, no sería aplicable el art. 44 ET y, por tanto, la Administración Pública no tendría ninguna obligación respecto de los trabajadores que venían ejecutando la contrata, evitando la subrogación de plantillas por acuerdo o en virtud de lo dispuesto en un convenio colectivo. Por tanto, en el caso de sucesión por una Administración Pública el problema que se plantea es que mientras que la LCSP parte, como se ha visto, de que, si existe obligación legal o convencional, procede la subrogación, la legislación presupuestaria de 2017, declarada inconstitucional, da un paso más declarando que son aplicables las normas de sucesión laboral pero impidiendo la consolidación como empleados públicos o sujetándola a las tasas de reposición en las sociedades mercantiles públicas, salvo que, en este último caso, se produzca la integración en virtud de sentencia judicial o de un proceso regular de acceso al empleo público.

En todo caso, en una primera aproximación, la solución a un hipotético conflicto podría venir dada por la aplicación del principio de modernidad, entendiendo aplicable la LCSP como norma posterior, pero tal razonamiento quiebra atendiendo al tenor literal de la disposición adicional 26ª, pues utilizaba la expresión "con vigencia indefinida". En fin –y por simplificar--, la contradicción no se produce en los supuestos de subrogación *ex lege* sino *ex convenio*, si bien este último supuesto va a tener una aplicación marginal en los casos de reversión de contratistas, como anteriormente se explicó.

No impide llegar a esta conclusión el hecho de que la Ley de Presupuestos para 2018 a través de su disposición adicional 42ª haya derogado el último párrafo de la disposición 26ª Ley 3/2017, cuyo tenor recogía que "al personal referido le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral", pues ello no impide la aplicación de las previsiones sobre sucesión de empresas prevista en las normas laborales a la vista del tenor del art. 130.3 LCSP, de manera que la única novedad incorporada parece que va referida a entender que el personal proveniente de las empresas contratistas de obras o servicios públicos sí computa a efectos de la tasa de reposición de la Administración Pública o de la entidad de derecho público de que se trate, de modo que ahora todavía queda más limitada tal posibilidad.

E) El estatus de los trabajadores incorporados

F)

Si procediera la subrogación por cumplirse los requisitos legales o convencionales o porque viniera impuesta por sentencia judicial derivada de una declaración de cesión ilegal, se plantearía una duda adicional: ¿cómo se procedería a la incorporación del personal?

Antes de dar respuesta a este interrogante, no hay que perder de vista que las subrogaciones operarán solamente respecto de los contratos de trabajo que estén vigentes en el momento de la transmisión manteniéndose en todo caso bajo la modalidad previa, normalmente temporal, bien se trate de trabajadores eventuales, interinos o, en la mayor parte de los casos, reclutados mediante obra o servicio adscrita a la contrata, pues incluso en este último supuesto el trabajador tiene derecho a conservar el vínculo contractual con los límites del art. 15.1 a) ET (tres años como máximo ampliables por un año más si así lo establece el convenio colectivo sectorial aplicable) en tanto el servicio contratado continúe⁹². En el hipotético caso de que se tratara de trabajadores indefinidos al servicio de la anterior empresa adjudicataria, cuatro posibilidades se abren a la hora de intentar compatibilizar la estabilidad de los trabajadores adscritos a una contrata anterior con el principio de igualdad de acceso al empleo público, concretado en los principios de capacidad, mérito y publicidad:

1.- En primer lugar, la doctrina judicial ha venido apostando por la consideración de los afectados por el trasvase como indefinidos no fijos⁹³. Esta solución, satisfactoria desde el punto de vista jurídico, no deja de ser criticable, pues provoca una mutación de la relación laboral en perjuicio de la permanencia en el empleo de los afectados, que de ser fijos en la empresa de origen pasan a temporales en la entidad pública, al tiempo que puede plantear algunos problemas prácticos al suponer un incremento del gasto corriente en la plantilla del ente público que rescata la contrata y del número de efectivos a su servicio. Es más, la figura del indefinido no fijo para acomodar a los trabajadores de la empresa contratista en la Administración una vez finalizada en la contrata tampoco encaja desde el punto de vista técnico, pues en estos casos no se está ante una actuación irregular de la Administración – característica en el origen de esta figura—sino ante el cumplimiento de una obligación legal (o convencional) de subrogación. Además, hay que recordar que la disposición adicional 26ª Ley 3/2017 prohibía expresamente que los trabajadores de la contratista fueran considerados como empleados públicos del art.8 TREBEP. Aun cuando el origen de este precepto que alude a personal laboral “fijo..., indefinido o temporal” tuvo por objeto atender a las peculiaridades del profesorado de religión que no es ni temporal ni fijo, y que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 TREBEP⁹⁴, ciertamente en la actualidad desborda tal justificación y va a otorgar carta de naturaleza a la figura del contrato indefinido no fijo, si bien no le dota de un régimen jurídico básico delimitador de su estatuto jurídico específico. Esta objeción parece haber decaído con la inconstitucionalidad de la disposición adicional 26ª Ley 3/2017.

⁹² STS, Social, 18 junio 2008 (rec. 2007/1669).

⁹³ SSTSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 9 noviembre 2011 (rec. 2011/1963) y Andalucía/Granada 20 septiembre 2013 (rec. 2012/1528).

⁹⁴ La referencia no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27 de septiembre de 2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S de 21 de enero de 2007), sino que se incorporó durante la tramitación de éste, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos.

2.- En segundo lugar, podría utilizarse, a juicio de un sector de la doctrina, una fórmula alternativa siguiendo el precedente establecido en la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, en la cual se aborda el problema de la extinción de organismos de derecho privado cuyas funciones pasan a ser desarrolladas por entidades públicas y se establecen previsiones subrogatorias, entendiendo que el personal seguirá desarrollando sus funciones en el nuevo organismo como "personal a extinguir", sin adquirir la condición de empleado público y sin que, en consecuencia, pase a formar parte propiamente de su plantilla, no en vano la nueva vinculación se entiende constreñida al puesto y funciones que desarrollaba, permitiendo garantizar la estabilidad con la Administración o con otro ente del sector público del que se trate, mientras no se produzca la baja por cualquier circunstancia (jubilación, despido disciplinario u objetivo, fallecimiento, etc.), quedando excluidas la convocatoria pública y la cobertura de tales puestos por el procedimiento reglamentario. Posiblemente esta "especie de situación congelada" conduce a una suerte de espacio diferenciado, distinguiéndose entre empleados públicos propiamente dichos y otro tipo de efectivos vinculados únicamente a un servicio que se desempeñaba privadamente y ahora se gestiona públicamente y que seguirá en todo caso la suerte de ese servicio que en el futuro podría verse afectado por una forma de provisión distinta. Si esta hipótesis se une a un acuerdo regulador que garantice que, si ese servicio vuelve a ser objeto de contratación externa, en el pliego de condiciones se incorporará una cláusula subrogatoria, quedarían salvaguardados los derechos de permanencia de los afectados.

3.- En tercer lugar, teniendo en cuenta que la disposición adicional 26ª Ley 3/2017 prohibía la incorporación del personal afectado por el trasvase como empleados públicos, pero no se refería a otra condición distinta, algunos autores, entendiendo directamente aplicable el art. 1.1 de la Directiva 2001/23, han apostado por la creación de una nueva figura: la del "trabajador subrogado"⁹⁵, dotada de un estatuto jurídico propio, el que laboralmente le garantiza el art. 44 ET manteniendo las condiciones laborales que se venían aplicando por la empresa adjudicataria anterior, sin que le afecten los principios, reglas, procedimientos y normas del empleo público. Lógicamente, como en toda transmisión empresarial, con posterioridad a la materialización de la misma, las condiciones de trabajo tenderán a converger con la plantilla de la empresa entrante –aunque sea pública–y, como en aquella, los contratos laborales objeto de subrogación podrán ser extinguidos a través de despidos objetivos o, en su caso, colectivos en los términos generales que explicita la norma laboral. El trabajador estará vinculado con la actividad, de manera que seguirá la suerte de esta, siendo en cada momento empleado de la entidad que la gestione, incluso aunque fuera de nuevo a parar a manos privadas, teniendo vetada la posibilidad de concurrir a las promociones y concursos previstos para los empleados públicos en la entidad que asume el servicio porque carece de tal cualidad y siendo dudoso determinar si el tiempo de permanencia en esta situación puede entenderse como servicio prestado a la Administración Pública o no.

4.- En cuarto lugar, se podría argumentar que la Administración reversora se subrogaría en los contratos indefinidos de plantilla de los trabajadores de la anterior empresa contratista o concesionaria, cumpliendo así con lo dispuesto en la Directiva comunitaria y en el art. 44 ET,

⁹⁵ Ensayada en algunos procesos de reestructuración del sector público andaluz, en el que empresas públicas extinguidas se integraron en Agencias de nueva creación. STS, Social, 17 febrero 2016 (rec. 3944/2014).

pero, acto seguido y de forma obligatoria, debería proceder a despedir por causas objetivas a estos trabajadores, aplicando el art. 52 c) ET o el art. 51 ET, pagando las indemnizaciones correspondientes (veinte días de salario por año de servicio con el máximo de doce mensualidades), previa justificación en razones organizativas relacionadas con las exigencias constitucionales y legales de superar la necesaria selectividad en el acceso al empleo público. Esta solución es, sin duda, la más onerosa para la Administración, pues además de sufragar las cuantías indemnizatorias con el objetivo de garantizar el mantenimiento de la continuidad del servicio debería proceder a la contratación del personal necesario a tal efecto.

En fin, ante esta falta de respuesta clara sobre la que no da muchas pistas la declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional 26ª, mientras no se legisle sobre este espinoso tema, se hace absolutamente necesaria en aras de la ansiada seguridad jurídica, la intervención del Tribunal Supremo sentando y unificando doctrina y, previamente, acaso, la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretando la aplicación de la Directiva.

11.- LOS PELIGROS LABORALES DERIVADOS DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATAS

Pese los avances que la Ley 9/2017 hace en cuanto a la calidad en el empleo, es menester parar la atención en un supuesto todavía desprotegido, derivado de la subcontratación sucesiva de una adjudicación inicial. El relevo parcial del adjudicatario de un contrato administrativo, materializado a través del mecanismo de la subcontratación, es un fenómeno cada vez más frecuente en la práctica de la contratación pública. Es muy habitual que los adjudicatarios de las contratas o concesiones soliciten la colaboración de otra(s) empresa(s) auxiliares en la prestación del servicio público asumido, en el bien entendido sentido de que estos empresarios auxiliares pueden ser, a su vez, "principal" de otros a efectos laborales.

11.1.- La admisibilidad de la subcontratación como postulado de la legislación administrativa

En la circunstancia de que el contratista inicial no es reemplazado de su posición respecto de la Administración reside precisamente la razón última por la que la legislación administrativa en esta materia se decanta por un criterio favorable hacia la posible materialización del fenómeno de la subcontratación en aras de la eficiencia de la propia concesión: no habiendo sustitución jurídica del concesionario, no se falsea la licitación, motivo por el cual los posibles recelos acerca de este instrumento ceden y, en su lugar, emergen razones a favor de su aplicación, atendiendo, sobre todo, a la propia complejidad del objeto del contrato público y a la creciente especialización que exige su pleno cumplimiento. Nada impide, por tanto, a los agentes económicos subcontratar con terceros una parte, esencial o no, del contrato que tienen adjudicado.

En tanto subcontratar significa simplemente concertar con un tercero la realización parcial del vínculo administrativo, no puede extrañar que los requisitos exigidos por el art. 215 LCSP para su realización sean menos estrictos que si de una cesión total se tratara: no se precisa y, por ende, no es obligatoria, la previa autorización expresa del órgano de contratación (salvo para aquellos contratos de carácter secreto o reservado, en aquellos cuya ejecución deba de ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de

los intereses esenciales de la seguridad del Estado); antes al contrario, únicamente es necesario para ello comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y – cómo no-- la identidad del subcontratista, justificando, al tiempo, suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En ningún caso podrá concertarse con el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar o afectadas por alguna causa de prohibición.

11.2.- Imputabilidad global frente a la Administración del adjudicatario inicial a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público

Con el fin de garantizar el buen fin de la contrata o concesión, la nueva Ley no se opone al recurso de la subcontratación; únicamente establece, además del cumplimiento necesario de las mencionadas formalidades, ciertas limitaciones que intentan asegurar la responsabilidad global del agente económico adjudicatario inicial del contrato. En los claros términos del art. 215, el contratista principal –es decir, el adjudicatario– continúa obligado a todos los efectos ante el poder adjudicador y el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal. De esta diferenciación obligacional, cabe inferir la existencia de dos contratos perfectamente distintos: uno, de naturaleza pública, es decir, el del poder adjudicador con el agente adjudicatario, y, otro, de naturaleza privada, esto es, entre este último y un nuevo empresario, de lo que se deduce que la subcontratación no implica la existencia de una tercera parte en el contrato público, sino únicamente una relación jurídica y económica entre el adjudicatario y el subcontratista ajena a la relación principal entre el poder adjudicador y el primero.

Ahora bien, tal diferenciación, clara desde el punto de vista teórico, no siempre está tan definida en la práctica, máxime cuando entra en juego una posible responsabilidad en materia laboral, pese a que según el art. 215.4 LCSP "los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia... social o laboral".

Como no podía ser de otra manera, estas reglas de contratación pública se deben de combinar con otras laborales, singularmente con lo previsto en el art. 42 ET, que no parte de una consideración ilegal o patológica de la descentralización, sino de su licitud, pero sin perder de vista cómo tal fenómeno puede provocar un desplazamiento de responsabilidades empresariales capaz de perjudicar la efectividad de los derechos de los trabajadores, se detiene en establecer una serie de cautelas que compaginan mal con la ordenación administrativa anteriormente transcrita.

11.3.- Las responsabilidades desde el punto de vista del Derecho del Trabajo

La doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo la aplicación del régimen jurídico previsto en el art. 42 ET al ámbito de los contratos del sector público, en especial, tras una serie de sentencias en las que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad de este principio en el ámbito de las Administraciones públicas, no en vano el término "contratas y subcontratas" utilizado por el art. 42 ET tiene un marcado carácter "atécnico". Utilizando palabras del propio

Tribunal Supremo, "el área prestacional y no económica en que son encuadrables las obras o servicios públicos encomendados por las Administraciones a quienes son empleadores directos de los trabajadores, efectuados mediante contratación administrativa, no excluye por la condición pública del titular de las obras o servicios, la aplicación del art. 42 ET, dado que dicha cualidad no es obstáculo para que tales entidades, de haber asumido directamente y por sí mismas la gestión de las referidas obras o servicios, con los que atienden a la consecución de los fines enmarcados en el área de su competencia, hubieran actuado como empleadores directos"⁹⁶.

Como no podía ser de otra manera, la Ley laboral establece una serie de garantías en beneficio de los trabajadores, consistentes en el diseño de un sistema de responsabilidades que alcanzan incluso a la empresa principal para el supuesto de incumplimiento por parte de las empresas auxiliares de sus obligaciones laborales.

Chocan, pues, dos ordenamientos inspirados en principios distintos: de un lado, el *Ius Laborum*, muy restrictivo, cuyo objetivo principal no es otro que el de proteger a los trabajadores y al sistema público de Seguridad Social de la insolvencia de los empresarios contratistas y subcontratistas involucrados en una cadena de subcontratación de concesiones administrativas; de otro, el administrativo, mucho más permisivo, pues admite con normalidad la subcontratación, preocupándose únicamente de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público y de establecer cautelas únicamente tendentes a evitar los supuestos más extremos consistentes en la existencia de concesionarios exclusivamente dedicados a la captación de contratos y a su posterior intermediación con los contratistas reales, haciendo peligrar la eficiencia en la prestación del servicio en perjuicio de los usuarios.

11.4.- El limitado juego del principio de solidaridad empresarial

En una primera aproximación, el ordenamiento jurídico laboral no contiene prohibición alguna que impida al concesionario, en uso de su libertad de empresa constitucionalmente proclamada por el art. 38 CE, recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva. Ahora bien, para combatir el riesgo de fraudes y de incumplimientos laborales que la descentralización puede llevar aparejada, en la medida en que la concurrencia de varios empresarios propicia la elusión de obligaciones y responsabilidades, la ley laboral establece una serie de cauciones o garantías en beneficio de los trabajadores, fruto en muchos casos de la interpretación judicial, que redundan en provocar que la gestión privada se convierta en fuente de empleo temporal o en subterfugio para eludir pagos salariales y cotizaciones a la Seguridad Social.

El sistema de responsabilidad administrativa diseñado desde la LCSP no implica, sin embargo, que los derechos de los trabajadores inmersos en el proceso de descentralización queden desprotegidos, pues la aplicación del art. 42.2 ET deja clara la existencia de una responsabilidad solidaria durante el año siguiente a la terminación del encargo entre la Administración, el contratista y los subcontratistas por las deudas salariales contraídas por estos últimos con sus empleados. Además, y durante los tres años siguientes a la terminación

⁹⁶ STS, Social, 15 julio 1996 (rec. 1089/1996). También, SSTS, Social, 18 marzo 1997 (rec. 3090/1996) y 29 octubre 1998 (rec 1213/1998).

de su encargo, el empresario principal (la Administración, *in casu*) responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas. En ambos casos, se trata de deudas generadas durante la vigencia de la contrata.

De tal regulación se infiere que la empresa comitente o principal responde solidariamente de las obligaciones salariales y de la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores no porque ostente la posición de empleadora respecto de éstos, sino porque el legislador le ha atribuido el papel de avalista o garante legal del cumplimiento de dichas obligaciones. Por tanto, la responsabilidad alcanzará a la Administración o, en términos más generales, a todos los empresarios implicados en la cadena de contrataciones y subcontratas respecto de las obligaciones de los empresarios sucesivos⁹⁷.

Sin duda el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de "actividad empresarial", supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrata. Así, "a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado..., (de modo que) ésta no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido" ⁹⁸.

Doble proyección presenta esta responsabilidad: por un lado, sobre las "obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores", incluyendo las deudas salariales sin limitación en su importe pero no cualquier otra (percepciones extrasalariales, salarios de tramitación o indemnizaciones por terminación del contrato)⁹⁹; por otro, sobre las "obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata", afectando a los descubiertos por cuotas impagadas y a las prestaciones de las que hubiera sido declarado responsable el contratista o subcontratista por falta de afiliación alta o cotización, pero no a las mejoras voluntarias (arts. 165 y 167 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS))¹⁰⁰

11.5.- El concepto "propia actividad" como requisito *sine qua non* para generar la corresponsabilidad

El sistema de la garantía solidaria instrumentado por el art. 42 ET, de aplicación también a los supuestos de descentralización de vínculos contractuales públicos, queda supeditado al cumplimiento de una exigencia *sine qua non*: que el objeto de la contrata o concesión administrativa pertenezca a la "propia actividad" de la Administración comitente, concepto jurídico harto problemático, pues la frontera entre lo principal y lo accesorio no siempre resulta nítida ni mucho menos generalizable, máxime cuando las Administraciones públicas no realizan

⁹⁷ STS, Social, 9 julio 2002 (rec. 2175/2001).

⁹⁸ STS, Social, 18 marzo 1997 (rec. 3090/1996).

⁹⁹ SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 25 octubre 2013 (rec. 13/2012) y Castilla y León, 27 julio 2016 (rec. 388/2016).

¹⁰⁰ STSJ, Social, Extremadura 22 septiembre 2015 (rec. 342/2015).

una sola o preferente actividad sino una pluralidad de ellas, consecuencia a su vez de la multiplicidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia.

La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen atendiendo al "criterio del ciclo productivo", esto es, aquellas operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se prestan al público o se colocan en el mercado, de modo que prácticamente dicho concepto equivale a la misma actividad, quedando extramuros de los efectos del art. 42 ET todas aquellas contrataciones de obras o servicios en los que la empresa principal y los contratistas se dedican a actividades diferentes, de tal forma que, de no haberse concertado la contrata, las obras o servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial¹⁰¹. Aplicando esta doctrina general a una encomienda pública, habrá que considerar cómo aquellas actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes entidades administrativas formarían parte del concepto "propia actividad" y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente, contratista y subcontratista, siempre y cuando el destinatario último fuera el ciudadano, es decir, su finalidad fuera la satisfacción del interés general¹⁰².

No obstante, el casuismo existente en vía judicial es muy marcado. Por poner algunos ejemplos capaces de manifestar que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la "propia actividad" de una Administración pública, cabe destacar cómo con tal fundamento se ha declarado que forma parte de este concepto "el servicio de retirada de vehículos mal aparcados"¹⁰³, "la limpieza y mantenimiento de los jardines públicos"¹⁰⁴, "ciertas tareas de vigilancia"¹⁰⁵, "el mantenimiento de una estación depuradora de aguas"¹⁰⁶, "la urbanización de determinadas parcelas de un polígono industrial"¹⁰⁷, "el ensanche y saneamiento de un camino vecinal"¹⁰⁸, "la reurbanización de una calle"¹⁰⁹, "la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico"¹¹⁰, "la gestión del servicio de cuidado de minusválidos psíquicos profundos"¹¹¹, "la atención a personas mayores en centros de día"¹¹² o "en residencias"¹¹³, "la adjudicación administrativa de comedores escolares"¹¹⁴, "el servicio de vigilancia o socorrismo en las playas"¹¹⁵, "la toma de datos para la informatización de un servicio"¹¹⁶, "el transporte sanitario

¹⁰¹ STS, Social 18 enero 1995 (rec. 150/1994) y 22 noviembre 2002 (rec. 3904/2001).

¹⁰² SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514) y 15 julio 1996 (RJ 1996, 5990).

¹⁰³ STSJ, Social, Andalucía/Málaga 24 diciembre 1999 (AS 1999, 4356).

¹⁰⁴ SSTSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1998, 1242 y 1805).

¹⁰⁵ STS, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514).

¹⁰⁶ STSJ, Social, País Vasco 17 febrero 1998 (AS 1998, 759).

¹⁰⁷ STSJ, Social, Andalucía 3 noviembre 1998 (rec. 668/1998).

¹⁰⁸ SSTSJ, Social, Galicia 4 diciembre 2008 (rec. 112/2006) y 20 enero 2014 (rec. 4749/2011).

¹⁰⁹ STSJ, Social, Valencia 3 julio 2012 (rec. 63/2012).

¹¹⁰ STSJ, Social, Madrid 27 enero 1999 (AS 1999, 96).

¹¹¹ STSJ, Social, Canarias 12 enero 1998 (RJ 1998, 6216).

¹¹² SSTSJ, Social, Murcia 20 marzo 2013 (rec. 1135/2012) y Madrid 17 febrero 2014 (rec. 1385/2013).

¹¹³ STSJ, Social, País Vasco 3 mayo 2005 (rec. 3137/2004).

¹¹⁴ STS, Social, 27 julio 1998 (RJ 1998, 6216).

¹¹⁵ STSJ, Social, Canarias 30 septiembre 2015 (rec. 145/2015).

¹¹⁶ STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2002 (AS 2002, 1079).

ordinario por parte de un ente autonómico de salud"¹¹⁷, "la limpieza del fondo del depósito de una depuradora"¹¹⁸, "la gestión de un centro de atención a ancianos"¹¹⁹ o "la gestión integral del ciclo hídrico por parte de un Ayuntamiento"¹²⁰.

Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del concepto aquí analizado "la apertura y cierre de los edificios e instalaciones"¹²¹, "la explotación de un servicio de cafetería en un hospital"¹²², "la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza"¹²³, "la grabación de datos nominales de trabajadores (TC1 y TC2) correspondientes a un determinado período"¹²⁴, "las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma"¹²⁵, "la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos"¹²⁶, "la limpieza de los entes docentes públicos de una ciudad"¹²⁷, "el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación"¹²⁸ o, con carácter más general, "unas obras de construcción", en las cuales la Administración asume la posición de mero promotor, comenzando la cadena de contratistas y, por tanto, responsables, en la primera empresa constructora"¹²⁹.

11.6.- La inoperante regla de la subsidiariedad

Si la contrata o subcontrata no viniera referida a la "propia actividad" de la Administración Pública, ésta no resulta responsable ni solidaria ni subsidiariamente en materia salarial. Es más, aunque el convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa contratista imponga responsabilidad subsidiaria de la empresa principal en cuanto a los impagos de salarios sin la concurrencia del requisito de "propia actividad", tal previsión no puede extender su eficacia a las entidades y organismos públicos que no sean del sector y por tanto no hayan intervenido en la negociación y firma del convenio (Roqueta, 2018: 108).

Llegados a este punto, procede abrir un paréntesis para señalar que el art. 42.1 ET obliga al empresario principal respecto del contratista (y al contratista respecto del subcontratista) a comprobar que éstos están al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. A estos efectos, se debe recabar por escrito certificación de descubiertos a la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librarla en el plazo de 30 días improrrogables. Transcurrido este lapso, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. Esa responsabilidad exonerable va referida a la solidaria que, en materia de Seguridad Social, contraiga la empresa contratista o subcontratista durante la ejecución de la contrata o subcontrata en virtud del propio

¹¹⁷ SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2008, 2775, 4233 y 359050).

¹¹⁸ STSJ, Social, Cantabria 8 septiembre 2004 (rec. 365/2004).

¹¹⁹ SSTS, Social, 5 diciembre 2011 (rec. 4197/2010) y 30 marzo 2012 (rec. 4197/2010).

¹²⁰ STS, Social, 21 febrero 2018 (rec. 251/2016).

¹²¹ STSJ, Social, Asturias 31 enero 2017 (rec. 2855/2016).

¹²² STSJ, Social, Valencia 11 diciembre 2014 (rec. 1693/2014).

¹²³ STSJ, Social, Madrid 12 julio 1997 (AS 1997, 2632).

¹²⁴ STSJ, Social, Madrid 13 junio 2001 (rec. 824/2001).

¹²⁵ STSJ, Social, Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 1998, 6948).

¹²⁶ SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514) y 15 julio 1996 (RJ 1996, 5990).

¹²⁷ STSJ, Social, Cataluña 1 febrero y 1 abril 1997 (AS 1997, 712 y 1994).

¹²⁸ STS, Social, 29 octubre 1998 (AS 1998, 9049).

¹²⁹ STS, Social, 3 julio 2012 (rec. 2948/2011), citando, a su vez, las SSTS, Social, 20 julio 2005 (rec. 2160/2004) y 2 octubre 2006 (rec. 1212/2005). También SSTSJ, Social, Castilla y León 30 marzo 2011 (rec. 194/2011) y Valencia 30 diciembre 2011 (rec. 1723/2011).

art. 42 ET. Si no se solicita la certificación o se expide en sentido positivo, no hay tal exoneración. Ahora bien, la LCSP exige que el candidato a contratar con un Ente administrativo acredite documentalmente unos requisitos de capacidad y solvencia mucho más estrictos que los exigidos al particular que quiere convenir un vínculo contractual con otro sujeto privado. Entre ellos, el art. 71.1 d) LCSP prohíbe contratar con la Administración a quien no se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social (Bermejo, 2008: 109), extremo que deberá justificar aportando la documentación pertinente, de manera que la exoneración de responsabilidad a la que alude el art. 42.1 ET concurrirá en todo caso.

11.7.-Situaciones de desprotección

La limitación de responsabilidades del empresario principal, es decir, de la Administración, a las contrata y subcontratas de propia actividad a la luz del art. 42 ET, expulsa del ámbito de protección a los trabajadores de adjudicaciones relacionadas con actividades auxiliares, precisamente los más vulnerables dada la gran flexibilidad tanto de entrada, pues están sometidos a una utilización exorbitada de un contrato por obra o servicio supeditado a la duración del encargo, como de salida ante la facilidad de instrumentar los despidos por causas objetivas, unidas a una falta de cobertura convencional clara. Nada soluciona la regla de cierre establecida en los arts. 142.1 y 168.1 TRLGSS, que regulan, para los supuestos en los que no existiera responsabilidad solidaria por no tratarse de propia actividad o por haberse aplicado el mecanismo de exoneración del art. 42.1 ET, una responsabilidad subsidiaria del empresario principal, tanto en relación con cotizaciones como con prestaciones por falta de afiliación o alta, pues, en la práctica, no va a ser asumida por la Administración como empresario principal atendiendo a las reglas sobre las prohibiciones de contratar establecidas en la LCSP anteriormente mencionadas¹³⁰.

La dimensión garantista desde el punto de vista laboral es, por tanto, muy débil y la tutela de la normativa administrativa es inexistente. Conviene recordar que el art. 130.6 LCSP trata de evitar la traslación de la deuda al nuevo contratista pero su ámbito de aplicación se reduce a los supuestos de subrogación por sucesión de la actividad de aquél, no a los de subcontratación, tal y como se deduce de un tenor literal que sienta cómo: "sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el art. 44 ET, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista saliente 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". Tal regulación tuitiva, sin duda, queda extramuros del supuesto aquí analizado.

No es infrecuente, como crítica adicional, que en los pliegos de condiciones ("ley primordial del contrato" o "*lex inter partes*") se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el adjudicatario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de

¹³⁰ SSTS, Social, 23 septiembre 2008 (rec. 1048/2007) y 9 diciembre 2010 (rec. 1266/2010).

protección social. La autoexoneración de responsabilidad prevista en los mismos hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el art. 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración. Una prohibición expresa de la inclusión de este tipo de cláusulas exoneratorias en los pliegos evitaría, no obstante, muchos problemas planteados en la práctica, que han llevado a la judicialización de los problemas con el inherente rechazo para la satisfacción de los intereses de los trabajadores.

Por tanto y ante tales puntos endebles, es necesario el diseño de un sistema de responsabilidad conjunta de la Administración y de los sucesivos contratistas verdaderamente disuasorio de prácticas ilícitas, incrementadas exponencialmente por las empresas multiservicios.