

CLÁUSULAS SOCIALES, SUBROGACIÓN Y OTRAS CUESTIONES LABORALES EN LA NUEVA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Cláusulas sociales, subrogación y otras cuestiones laborales en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Entre las novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público («LCSP»), uno de los aspectos que más expectación despierta es el espaldarazo a la concepción de la contratación como instrumento estratégico de cambio en otros ámbitos. Gran parte de la doctrina aplaude que la nueva LCSP facilite la inclusión en el procedimiento de compra pública de criterios medioambientales, de innovación, y sociales. Sobre estos últimos, y sobre la intersección entre LCSP y la regulación de determinadas cuestiones laborales relevantes (eliminación de la obligación de subrogación por pliegos en el 130 LCSP, prohibición de consolidación del empleo procedente de las contratistas en el 308.2 LCSP) nos detendremos en el presente trabajo.

Labour-related clauses, transfer of employees based on bid specifications and other labour-related issues under the new Law 9/2017, of 8 November, on Public-Sector Contracts

On March 9th, 2018 the new Law 9/2017, of November 8th, on Public Contracts («LCSP») will come into force. One of the most eagerly awaited developments is the new approach to the social issues. First of all the LCSP envisages more flexibility to the use of public procurement as a strategic tool by means of social clauses used throughout the procurement procedure. Secondly, the LCSP delves into the intersections between procurement and labour law issues. Thus, the LCSP contains (and somehow clarifies) provisions on employment subrogation or consolidation of workers, among others.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública, Cláusulas sociales, Subrogación laboral

KEY CONCEPTS

Public procurement, Social clauses, Employment subrogation

Fecha de recepción: 26-10-2017

Fecha de aceptación: 30-10-2017

1 · OBJETIVOS DE LA LCSP EN MATERIA SOCIAL

La exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público («LCSP») se ha encargado de anunciar que la nueva norma se propone «permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes». Para cumplir este objetivo vinculado a la «relación calidad-precio», se establece por primera vez «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».

En este mismo sentido, el artículo primero de la LCSP realiza una declaración de intenciones al ordenar que en «toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos» (art. 1.3 LCSP). Así, las llamadas políticas horizontales u objetivos secundarios se convierten en un eje central de la nueva regulación. Y puede comprobarse ese empeño de la nueva LCSP al con-

templar esos criterios en cada una de las fases del procedimiento de contratación.

Además de las cláusulas sociales en el procedimiento de compra, la LCSP también pretende clarificar los ámbitos de intersección entre la legislación de contratos y la legislación laboral. Se examinan a continuación las alusiones más relevantes a los criterios sociales.

2 · OBJETO DEL CONTRATO Y PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN

2.1. Las alusiones a los criterios sociales aparecen en el ámbito del objeto del contrato (capítulo primero del título primero, libro primero de la LCSP, que regula las disposiciones generales sobre la contratación del sector público). Se prevé en concreto que el órgano de contratación valorará «la incorporación de consideraciones sociales [...] como aspectos positivos» en el procedimiento de compra pública (art. 28.2 LCSP) y, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, se incluirán necesariamente estas consideraciones en la propia definición del objeto del contrato (art. 35.1.c) LCSP) como contenido mínimo.

Cuando el contrato estime que «pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que

mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten», la Ley permite que el objeto del contrato quede abierto a distintas soluciones (art. 99.1 LCSP).

2.2. A la hora de calcular el presupuesto base de licitación, este debe atender al precio de mercado de las prestaciones (art. 100.2 LCSP). El órgano de contratación debe desglosar en el pliego los costes directos e indirectos tenidos en cuenta. Entre esos costes se encuentran los salarios de las personas necesarias para la ejecución del contrato estimados «a partir del convenio laboral de referencia».

El artículo 100.2 LCSP se encarga de precisar que «[...] en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, 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». La consecuencia de no incluir ese detalle no es otra que la anulación de los pliegos (vid. Resolución núm. 963/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 19 de octubre de 2015).

3 · PROHIBICIONES PARA CONTRATAR Y SOLVENCIA

3.1. En cuanto a las prohibiciones para contratar, se mantiene la que se refiere a haber sido sancionado en materia laboral o social por infracción grave (en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o de extranjería) o muy grave (en materia laboral o social) de las tipificadas en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 (art. 71.1.b LCSP).

Además, se mantiene la prohibición derivada del incumplimiento de las condiciones de ejecución, si bien ahora esta prohibición tendrá más relevancia dado que la nueva LCSP incentiva que estas condiciones se refieran a cuestiones sociales y medioambientales (art. 72.2.c) LCSP).

3.2. En relación con la solvencia técnica exigida, se ha añadido para los contratos de suministro la posibilidad de que el órgano de contratación exija la utilización de sistemas de gestión de la cadena de suministro que garanticen el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (art. 89.1.g LCSP). Por su

parte, para demostrar la solvencia técnica en los contratos de suministros, el órgano de contratación podrá requerir indicación del personal técnico, títulos académicos y profesionales del empresario y directivos de la empresa, declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y del número de directivos durante los últimos tres años y/o indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar (art. 901.b, e, g e i LCSP).

4 · CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

4.1. El uso de las cláusulas sociales y laborales como criterio de adjudicación de los contratos es una de las novedades más reseñables. La mayor flexibilidad en este aspecto tiene como punto de partida el hecho de que la nueva LCSP ha sustituido el criterio de «oferta económicamente más ventajosa» por el novedoso de oferta «con la mejor relación calidad-precio» (art. 145.1 LCSP; es el llamado «best Price-quality ratio» según la versión inglesa de la Directiva 2014/24).

El concepto jurídico de «mejor relación calidad-precio» (contemplada en la propia exposición de motivos de la norma y precisada en el art. 145.2 LCSP) queda integrado por criterios económicos y cualitativos, pudiendo estos últimos incluir aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato. Esta «vinculación al objeto del contrato» es un concepto jurídico que hay que interpretar conforme al Derecho de la Unión Europea. Se trata de un ejemplo más de la creciente europeización de la contratación pública al son del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») y la labor codificadora del legislador europeo. La doctrina tradicional del TJUE exigía una estricta vinculación de estos objetivos secundarios con el objeto del contrato. Esta doctrina fue superada por el propio TJUE y se plasma hoy en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública («Directiva 2014/24»): las cláusulas medioambientales y sociales deben estar vinculadas al objeto del contrato, pero no tienen que referirse estrictamente a una característica intrínseca de lo que se pretende contratar (la superación de la interpretación estricta del artículo 53 de la Directiva 2004/14 se produce en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012, C-368/10, asunto *Max Havelaar y Eko*,

par. 91). Así pues, estas cláusulas pueden referirse a cualquiera de los aspectos de la prestación y de su ciclo de vida.

El artículo 145.6 LCSP, siguiendo a la Directiva 2014/24, establece que un criterio de adjudicación está vinculado con el objeto del contrato cuando venga referido al *«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»,* o al *«proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».*

El artículo 145.2.1.º, párrafo tercero de la LCSP enumera qué finalidades sociales pueden incluir los criterios cualitativos de adjudicación. Así, por ejemplo, *«[e]l 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 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. 145.2.1.º LCSP).

Por otra parte, para los contratos de servicios, el artículo 145.3.g) LCSP señala que *«el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación»* cuando el objeto del contrato sean las *«prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y 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 (...) o de servicios intensivos en mano de obra».* También en los contra-

tos de servicios de seguridad privada se exige la aplicación de *«más de un criterio de adjudicación».*

El artículo 145.5 LCSP establece los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación. Así, por ejemplo, se establece que los criterios *«[d]eberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada».* Algunos ejemplos de criterios de adjudicación que no serían viables jurídicamente a la vista de la LCSP y de las resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales serían los siguientes:

- La Directiva 2014/24 en su considerando 97 excluye expresamente la utilización de la política general de responsabilidad corporativa social o medioambiental.
- La imposición de la subrogación del personal a la nueva adjudicataria en los pliegos (a la que nos referiremos en el apartado 9), que, de incluirse, supondría la anulación de los mismos.
- No existe una postura pacífica y existen resoluciones contradictorias de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales al respecto, en otras cuestiones como por ejemplo el establecimiento de planes de conciliación (se ha aceptado la utilización de este criterio por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su resolución núm. 80/2016, de 30 de agosto de 2016. Se opone a valorar este criterio, en cambio, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución núm. 679/2017, de 27 de julio de 2017.) o el compromiso de aplicación de determinado convenio estatal sectorial (se ha aceptado por parte del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su resolución 211/2017, de 19 de julio de 2017. Se opone el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 7 de junio de 2017 [rec. n.º 318/2016], al entender que ese criterio no ofrece una vinculación suficiente con el objeto del contrato).

4.2. En relación con la valoración de la oferta, destaca la regulación de las ofertas anormalmente bajas

contenida en el artículo 149 LCSP. El apartado cuarto de ese precepto señala que, en caso de identificar una oferta incurso en presunción de temeridad, se deberá requerir al licitador una justificación y desglose de los precios o costes. En el marco de ese procedimiento de justificación, la mesa, o en su defecto el órgano de contratación, pueden requerir una justificación sobre el respeto de las obligaciones aplicables en materia social o laboral, y de subcontratación, «no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201» (el contenido del artículo 201 LCSP se trata en el apartado 5.1 posterior). Y, lo que es más importante, el órgano de contratación queda obligado a rechazar una oferta que incumpla las citadas obligaciones, incluyendo «los convenios colectivos sectoriales vigentes». Sobre el alcance de esta última referencia que efectúa el artículo 149 junto con el 122 y el 202.2 de la LCSP nos remitimos al apartado 10 posterior.

4.3. Por último, a la hora de valorar las proposiciones de los licitadores, el órgano competente puede solicitar su informe a, entre otras, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, así como a las organizaciones sindicales correspondientes «para la verificación de las consideraciones sociales» (art. 157.5 LCSP).

5. CONDICIONES DE EJECUCIÓN

5.1. Como punto de partida, el artículo 201 LCSP impone a los órganos de contratación la obligación de garantizar que en la ejecución de los contratos se cumplen las obligaciones medioambientales, sociales o laborales «establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el Anexo V». Este Anexo V recoge los siguientes Convenios de la Organización Internacional del Trabajo («OIT»): Convenio OIT n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.; Convenio OIT n.º 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; Convenio OIT n.º 29, sobre el trabajo forzoso; Convenio OIT n.º 105, sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio OIT n.º 138, sobre la edad mínima; Convenio OIT n.º 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación); Convenio OIT n.º 100, sobre igualdad de remuneración; Convenio OIT n.º 182, sobre las peores formas de trabajo infantil.

La observancia de estas obligaciones queda configurada, pues, como una condición de ejecución legalmente establecida y, por tanto, indisponible para el órgano de contratación. El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar, conforme al artículo 201 LCSP, a la imposición *ex lege* de penalidades, muy especialmente en casos de retraso reiterado en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas en los convenios colectivos aplicables.

5.2. Una de las novedades más destacables es el mandato del artículo 202 LCSP a los órganos de contratación, los cuales quedan obligados a establecer al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que contienen en el artículo 202.2 LCSP. Ese precepto contiene condiciones de ejecución relacionadas con consideraciones de tipo medioambiental y de tipo social, condiciones que, además, se extienden a todos los subcontratistas (art. 202.4 LCSP).

Las condiciones de ejecución que se impongan deben tener, a título ilustrativo, las siguientes finalidades (sin que esta relación contenida en el artículo 202.2 LCSP pueda entenderse en sentido exhaustivo):

- (i) contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional;
- (ii) favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar;
- (iii) combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración;
- (iv) favorecer la formación en el lugar de trabajo;
- (v) 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; y
- (vi) medidas para prevenir la siniestralidad laboral.

Los pliegos modulan la importancia del incumplimiento de estas condiciones de ejecución. Así, los pliegos pueden establecer que el incumplimiento dé lugar a la resolución del contrato si califican la condición como esencial, que dé lugar a una prohibición de contratar o, sencillamente, a la imposición de penalidades.

6. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Entre las causas de resolución del contrato administrativo hay dos que son relevantes al examinar la regulación de las cláusulas sociales.

El artículo 211.1.i) LCSP establece como causa de resolución «[e]l 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». Esta causa de resolución solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores de la empresa contratista (artículo 212.1 LCSP), «[...] 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» (el análisis del artículo 130 LCSP se efectúa en el apartado 9 posterior).

Además, si los pliegos han calificado como esenciales las condiciones de ejecución de carácter social, su incumplimiento puede entenderse subsumido en el «incumplimiento de la obligación principal del contrato» (art. 211.1.f LCSP).

7 · CERTIFICADOS Y RESERVA DE CONTRATOS EN FAVOR DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

7.1. La LCSP prevé la posibilidad de utilizar etiquetas o, lo que es lo mismo, un certificado que acredita que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos cumplen determinados requisitos, incluyendo los compromisos de carácter social o laboral. Estas etiquetas pueden ser utilizadas a la hora de definir las prescripciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución.

La utilización de etiquetas queda sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones establecidas en el artículo 127.2 LCSP. Estas condiciones están encaminadas a que la utilización de etiquetas no limite, o directamente distorsione, la libre concurrencia. Cabe destacar la obligación que se le impone al órgano de contratación de describir con clari-

dad las características y requisitos que se desean imponer, así como la posibilidad de que el licitador pueda aportar un «equivalente» (si bien la carga de la prueba de la equivalente recaerá sobre el licitado conforme al artículo 127.6 LCSP).

7.2. La disposición adicional cuarta prevé la reserva de determinados contratos a centros especiales de empleo de iniciativa social, así como a empresas de inserción (entidades reguladas en Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción).

8 · LAS REFERENCIAS DE LA LCSP AL «CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL» Y SU ENCAJE CON EL ARTÍCULO 84.2 ET

Especial atención merecen las referencias al convenio colectivo sectorial vigente que aparecen en varios artículos de la LCSP. Así, en la regulación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares en las que se prevé «la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación» (artículo 122 LCSP). Igualmente, en el artículo 149 (ofertas anormalmente bajas) se prevé que los órganos de contratación rechazarán las ofertas que comprueben como anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia social y laboral, «[...] incluyendo el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes». Y, por último, en el artículo 202.2 LCSP (condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden) en el que se explicita que «[...] las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse para [...] garantizar [...] el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables».

Se ha planteado en este punto el debate de si estas referencias a los «convenios colectivos sectoriales vigentes» implicaban, en la práctica, un desplazamiento del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores («ET») acuñado en la reforma laboral del año 2012. Esto es, si en sede de contratación pública no resulta aplicable la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en la regulación de las materias expuestas en el apartado 84.2 ET, entre otras, cuantía del salario base y complementos;

compensación económica de horas extraordinarias y retribución del trabajo a turnos; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos y planificación anual de las vacaciones; adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional; adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación atribuidos a los convenios de empresa; medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, etc.

Esta referencia expresa a la aplicación de los «convenios colectivos sectoriales» trató de modificarse en el trámite parlamentario con tres enmiendas que proponían la eliminación de tal referencia al convenio sectorial para incluir en su lugar una referencia al «convenio colectivo que sea de aplicación» (así lo ha expuesto, con detalle, por ejemplo, el profesor ROJO TORRECILLA). Finalmente, no prosperaron estas enmiendas. No obstante, una interpretación sistemática de los artículos 122, 149 y 202 de la LCSP con el plenamente vigente artículo 84.2 ET debería permitir llegar a la conclusión de que resultará aplicable el convenio colectivo sectorial de aplicación, salvo en aquellas materias en que el convenio colectivo de empresa haya entrado a regular de acuerdo con la prioridad aplicativa que le garantiza el artículo 84.2 ET.

En este sentido, y aunque no es una cuestión completamente resuelta, VALLECILLO GÁMEZ ha interpretado que «[...] [e]n ningún momento se expresa [en la LCSP] que garantizará el [convenio colectivo] sectorial por encima de cualquier otro, sino que [se] dice que se garantizará el sectorial aplicable, pero no lo estará si ha sido desplazado, en las materias que prevé el artículo 84.2 del ET, por un convenio de empresa».

9 · LA DESAPARICIÓN DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL EN EL ARTÍCULO 130 LCSP Y LAS NUEVAS PREVISIONES EN MATERIA DE OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN

Especial atención conviene prestar al nuevo artículo 130 LCSP, que resulta, probablemente, el artículo más relevante de la LCSP para los laboristas. Y ello por dos razones: (i) en primer lugar, porque rompe definitivamente con el régimen anterior que preveía el derogado artículo 120 del anterior Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público (la «Antigua LCSP»)» y, de manera indubitada, acoge la última jurisprudencia en la materia sin que sea ya posible

imponer la obligación de subrogación ex pliegos a las nuevas adjudicatarias, ni siquiera cuando el convenio colectivo aplicable prevea la obligación de subrogación o cuando parezca evidente que existe una sucesión de empresa del artículo 44 del ET, esto es, no puede irse más allá de las obligaciones de información que ahora se prevén en el 130.1 LCSP; y (ii) porque el nuevo 130 LCSP instaura «un régimen jurídico laboral propio» (así lo ha expresado parte relevante de la doctrina, p. ej., LÓPEZ CUMBRE, Lourdes).

9.1. Respecto de la primera cuestión, conviene señalar que el anterior criterio, al amparo del artículo 120 de la Antigua LCSP, solo permitía incluir la obligación de subrogación en los pliegos si, efectivamente, existía una previsible obligación de subrogación *por mor* del artículo 44 ET o la establecía un convenio colectivo aplicable. Como recordaba la Resolución 325/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 12 de noviembre de 2016 (n.º de recurso 235/2016) el estado de la cuestión hasta ese momento se debatía entre (i) la jurisdicción social, que parecía admitir la posibilidad de que la subrogación de los trabajadores se impusiera en los pliegos administrativos; y (ii) la contencioso-administrativa, que con la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación y de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, así como informes de la Abogacía del Estado consideraban que la subrogación del personal era una cuestión que correspondía al ámbito laboral y sobre la que no cabía establecer obligaciones autónomas en los pliegos.

Pues bien, el pulso lo ganó la segunda opción y la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, acogiendo la doctrina del Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid —Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de febrero de 2014 (JUR 2014, 84338)— y descartando la interpretación más permisiva de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional —la que contenía, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4.ª, de 25 de marzo de 2015 (RJCA 2015, 588)— terminó zanjando la cuestión y aclarando que no era posible incluir la subrogación en los pliegos so pena de nulidad.

Así, el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 87/2017 de 23 de enero de 2017, rec. 1874/2015

acogió la interpretación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el sentido de que «[...] la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario no permite que en un pliego contractual se establezca dicha subrogación como obligación en todo caso y con las consecuencias que ello conlleva», y sentó la siguiente doctrina:

«En efecto, en esa sentencia [en referencia a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2015] se sigue el mismo criterio sentado con anterioridad a propósito de cláusulas de los pliegos de condiciones de licitaciones semejantes a las de este caso en las que se preveía la atribución de determinados puntos a las ofertas que incluyeran el compromiso de subrogación en los contratos laborales del personal del operador saliente. La Sala confirmó la anulación de las mismas dispuesta en la instancia, corroborando que esa subrogación resultaría, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos y, por eso, no debía ser fuente de asignación de puntos.

La diferencia en el caso de la sentencia de 16 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2098) (casación 1009/2013) es que en esa ocasión la cláusula cuestionada no preveía la atribución de puntos por la subrogación sino que exigía al nuevo adjudicatario que se subrogase en las relaciones laborales del anterior. Ahora bien, aquí la Sala siguió entendiendo que era a la legislación laboral a la que se debía atender para imponer o no esa obligación».

Así las cosas, la nueva redacción del artículo 130 LCSP se acomoda a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y no deja ya lugar a dudas. Los pliegos tienen simplemente la obligación de informar, pero no pueden establecer la obligación de subrogación.

9.2. Respecto de la segunda cuestión, en efecto, el artículo 130 LCSP instaura un nuevo régimen jurídico laboral. El 130.1 LCSP regula la obligación de informar a los licitadores (que no de imponerles la subrogación) en los siguientes términos:

«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» (artículo 130.1 LCSP, apartado primero).

El 130.1 LCSP impone, además, sobre la empresa saliente, la siguiente carga: «[...] A estos efectos [de proporcionar información según el artículo 130.1, apartado primero] 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».

El alcance de la información incluye «[...] en todo caso [...] 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 que afecte la subrogación. La administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiese sido facilitada por el anterior contratista» (artículo 130.1, apartado segundo). Los incumplimientos de estas obligaciones de proporcionar información por parte del contratista podrán ser penalizados, puesto que los pliegos «[...] contemplarán necesariamente la imposición de penalidades al contratista» para el supuesto de incumplimientos de esta obligación de información y de la obligación prevista en el artículo 130 LCSP en general (artículo 130.4 LCSP).

Por último, cierra el artículo 130 su defensa de la veracidad y claridad de la información proporcionada por la empresa saliente con dos responsabilidades que le afectan de lleno. Por una parte, se ofrece al nuevo contratista una «acción directa contra el antiguo contratista» para «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 administración» (artículo 130.5 LCSP).

Por otra parte, y de manera compatible con la aplicación, cuando proceda, del régimen de responsabilidad previsto en el artículo 44.3 del ET cuando exista una sucesión de empresa legal (clásica) o de plantillas, se indica que «el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impa-

gados a los trabajadores afectados por la subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, son 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 estos» (artículo 130.6 LCSP).

Resulta prematuro aventurarse a determinar cómo se resolverá el posible conflicto entre la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social que el artículo 44.3 ET establece sobre el cedente y el cesionario en caso de una sucesión de empresa legal (clásica) o por la vía de la sucesión de plantillas y la previsión de este nuevo artículo 130.6 LCSP, que señala que «en ningún caso [la obligación] corresponderá a este último [en referencia al cesionario o nuevo adjudicatario]». En todo caso, queda claro que se potencia, cuando menos, la vía de regreso entre el nuevo adjudicatario (empresa entrante) y el último adjudicatario (empresa saliente) y esto, junto a la retención de cantidades que puede efectuar la Administración, debiere ayudar a resarcir al nuevo adjudicatario en caso de que tenga que afrontar responsabilidades en sede social al amparo del artículo 44.3 ET.

10 · LA PROHIBICIÓN DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO PROCEDENTE DE LAS CONTRATISTAS (ARTÍCULO 308.2 LCSP)

El nuevo artículo 308.2 LCSP contiene una importante norma «anticonsolidación» del empleo que evita la asunción del personal procedente de la última adjudicataria del servicio por parte de la principal que asume la gestión directa para el caso de reversiones, reasunciones de la gestión directa o remunicipalizaciones. La previsión se efectúa únicamente para el contrato de servicios (pero no aplica al contrato de gestión de servicio público), como hiciera, en una redacción muy similar, su antecesor, el artículo 301.4 de la Antigua LCSP.

La nueva redacción del artículo 308.2 LCSP establece que «[...] En ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores. A la extinción de los contratos de servicios, no podrá produ-

cirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad 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 corresponde a la empresa contratista».

Pues bien, en efecto, la previsión del 301.4 de la Antigua LCSP, hoy continuada por el nuevo 308.2 LCSP, ha sido interpretada por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo como una norma anticonsolidación de empleo en casos de remunicipalizaciones o reversiones de la gestión del servicio (pasando de la gestión indirecta a la directa del servicio, como ocurrió, por ejemplo, en el caso de la reversión de la cafetería de la Intervención General del Estado en el que se declaró la inexistencia de sucesión de empresa [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015 (RJ 2015, 2177)]):

«[...] Con mayor motivo se impone la solución (de no subrogación convencional al no poderse aplicar el convenio colectivo de hostelería aplicable a la última adjudicataria, al Ministerio-empresa principal) cuando «tales prescripciones se oponen frontalmente a contundentes –e imperativas–. Previsiones legales como es la razonablemente establecida por el artículo 301.4 [de la Antigua] LCSP».

El artículo 308.2 LCSP debe interpretarse en consonancia con otras dos importantes normas que actúan de cortapisa ante la posibilidad de asumir, como empleados públicos de la Administración o ente público principal que asume la gestión directa de un servicio, a los empleados de la última adjudicataria que lo pierde.

Se trata de la disposición adicional 26 («DA 26 LPGE») y de la disposición adicional 34 («DA 34 LPGE») de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 («LPGE 2017»).

Tras estas tres normas (308.2 LCSP, DA 26 y 34 LPGE) late la colisión de derechos. Por una parte, desde la perspectiva laboral, el principio de la estabilidad en el empleo previsto en la Directiva 2001/23/CE 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 traspuesta en el artículo 44 del ET y al que

también alude el propio artículo 130.3 LCSP, esto es, si existe una sucesión de empresa legal (clásica) o de plantillas la Administración que asume la gestión directa del servicio debe subrogar a los empleados procedentes de la última adjudicataria y ocupar la posición de esta última en sus derechos y obligaciones.

No obstante, mucho más complejo es que esto ocurra por la vía de la sucesión convencional, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha descartado la posibilidad de aplicar la subrogación prevista en convenio colectivo a la Administración que asume la gestión directa del servicio, pues no puede ser de aplicación un convenio colectivo en cuya negociación no ha podido participar (entre otras, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 [RJ 2015, 2886] y de 21 de abril de 2015 [RJ 2015, 2177]).

Por otra parte, desde la perspectiva del derecho público, la obligada observancia de los principios de acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad) recogidos en el artículo 103 de la Constitución Española y artículos 55 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público («EBEP»). Obstaculiza esa asunción de trabajadores.

Se trata de un debate de gran complejidad, no resuelto hasta la fecha y que, en tanto que no consta que de momento se haya planteado una cuestión prejudicial para aclarar si el principio de primacía del Derecho comunitario debe aquí hacer primar el mantenimiento del empleo previsto en la Directiva 2001/23/CE sobre los principios de acceso al empleo público previstos en la normativa interna española, parece que a estas alturas solo es posible resolver parte de las incógnitas. Aludimos a continuación a las tres más relevantes:

10.1 La primera de ellas es la cuestión acerca de si los empleados de la última adjudicataria del servicio pueden integrarse como empleados públicos del Ayuntamiento, Administración o ente público principal a quien revierte el servicio, aunque sea bajo la condición de trabajadores indefinidos no fijos. El primer párrafo de la DA 26 niega tal posibilidad, pues explicita que esos empleados subrogados por la Administración que recupera el servicio no podrán considerarse empleados públicos a los que se refiere el artículo 8 del EBEP (que incluye el concepto de indefinido no fijo), ni incorporarse en esta condición en una Administración Pública o entidad de derecho público.

Esto ha llevado a buena parte de la doctrina (MAURI MAJÓS; LÓPEZ CUMBRE) a la conclusión de que se incorporan bajo un cuarto género, denominado «empleados subrogados no empleados públicos», una especie de «personal a extinguir» anudado al servicio revertido que se encuentra en una «especie de limbo jurídico».

Así, en esta misma línea la doctrina parece coincidir (BERTRÁN DE HEREDIA) en que esta prohibición de consolidación del empleo (prevista en la DA 26 LPGE y en el 308.2 LCSP) «[...] se estaría refiriendo únicamente a la no adquisición de la condición de empleado público».

10.2 Lo anterior lleva a otra segunda conclusión. Los trabajadores de la última adjudicataria, a quienes, si existe una sucesión de empresa legal (clásica) o sucesión de plantillas, ampara el derecho del artículo 44.3 ET a ser subrogados por la Administración, Ayuntamiento o ente público principal que asume la gestión directa del servicio en los mismos derechos y obligaciones, en realidad, adquieren un peor estatus. Ese peor estatus será, ora el de personal indefinido no fijo, ora el de «personal subrogado no empleado público» al que la DA 26 LPGE apunta con mayor claridad. En ambos casos con un horizonte incierto (ora la convocatoria de su plaza en un máximo de 3 años *ex* artículo 70 EBEP, ora la condición de «personal a extinguir»). Y, en ambos casos, de manera clara, esos empleados verán mermadas sus condiciones laborales como consecuencia de la debida observancia de las previsiones de las leyes presupuestarias (p. ej., limitaciones a los incrementos salariales —véase a este respecto la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016, ROJ: STS 1764/2016—, o la suspensión de las obligaciones de aportación a planes de pensiones —a la que se refiere la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2011, ROJ: STS 6606/2013—).

10.3 La tercera conclusión es la prohibición de generar estas figuras que comparten la DA 34 y el 308.2 LCSP. La Ley no quiere que se generen empleados indefinidos no fijos ni que se consolide empleo.

En relación con el 308.2 LCSP, la doctrina administrativista (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ) ha apuntado que «[...] [e]sta regulación evita la tentación de la Administración de usar esta vía para, mediante la sucesiva contratación de servicios, consolidar personas en un determinado puesto».

Y la DA 34.Dos, aunque con alusión a la contratación laboral fraudulenta en las Administraciones Públicas, ha señalado: «[...] *Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa* [en alusión a la DA 34.Uno, al cumplimiento de las normas en materia de contratación temporal del ET, las normas presupuestarias y los principios de acceso al empleo público], *y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a un personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello derive de una resolución judicial*».

Por tanto, a la vista está el empeño de la normativa presupuestaria en sintonía con el 308.2 LCSP en evitar la generación de indefinidos no fijos y en la consolidación de empleo (pues estas directrices que se producen en el marco del empleo temporal, también pueden entenderse como normas anticonsolidación en las remunicipalizaciones, como es de notar en la alusión al «*personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva*»).

La efectividad de estas directrices descansa sobre responsabilidad del órgano de RRHH (los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas). Así la DA34.Tres explicita que «[...] *Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las administraciones públicas*».

En definitiva, una cuestión compleja, no resuelta con claridad en la normativa y sobre la que no constan resoluciones judiciales que aporten luz. Habrá que seguirla de cerca para poder aplicarla de manera precisa.

DAVID MARTÍNEZ SALDAÑA Y
XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE*

* Abogados del Área de Laboral, y del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, respectivamente, de Uría Menéndez (Madrid).

11 · BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BETRÁN DE HEREDIA, Ignasi: «Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y subrogación de empresa»: <http://ignasibeltran.com/2017/11/13/ley-92017-de-contratos-del-sector-publico-y-subrogacion-de-empresa/>

GALLEGO CÓRCOLES, I.: «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, núm.4, enero-diciembre, 2017.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015.

LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Subrogación laboral en el pliego de cláusulas administrativas de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *GA_P, Análisis*, enero 2018.

LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público», *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 3, 2017.

MARTÍNEZ SALDAÑA, David: «Especificidades de la figura de la sucesión de empresas en el marco de las remunicipalizaciones», en TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.) y MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi Thomson Reuters, 2017.

MAURI MAJÓS, Joan: «Taller sobre aspectes pràctics derivats dels processos de canvi de forma de gestió de serveis públics i d'internalització de serveis», Jornada organizada en Barcelona a 9 de enero de 2018.

PERNAS GARCÍA, J. J. (coord.): *Contratación pública estratégica*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Tres importantes enmiendas laborales del grupo popular del Senado al Proyecto de Ley de contratos del sector público. Supresión de las referencias a la aplicación de los convenios sectoriales (actualización a 22 de septiembre de 2017)»: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/09/tres-importantes-enmiendas-laborales.html>

VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa: «Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público: innovaciones y puntos críticos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 417, diciembre de 2017.