



MÁSTER EN ASESORÍA JURÍDICO LABORAL
FACULTAD DE CIENCIAS DEL TRABAJO

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**LA REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS
TRABAJADORES Y LA SUCESIÓN DE EMPRESA.
ESPECIAL REFERENCIA A LA TRANSMISIÓN DE
CONTRATAS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Autor:

JUAN FRANCISCO RODA LÓPEZ

Realizado bajo la tutela del profesor:

D. ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ

Especialidad:

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Convocatoria:

JULIO 2016

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
1. INTRUDUCCIÓN.....	6
2. LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA	7
2.1 EL MODELO DUAL DE REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA	7
2.2 LA REPRESENTACIÓN LEGAL O UNITARIA EN LA EMPRESA.....	7
2.2.1 Constitución de los órganos de representación	8
2.2.2 Funcionamiento y medios instrumentales	9
2.2.3 Derechos y garantías inherentes al cargo representativo.....	9
2.3 COMENTARIO ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES, EN ESCENARIOS DE TRANSMISIÓN DE CONTRATAS PÚBLICAS	12
3. EL RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL DE LA TRANSMISIÓN DE CONTRATAS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	13
3.1 LA LICITACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. DESENCADENANTE DE LA TRANSMISIÓN DE CONTRATAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	15
3.2 LA SUCESIÓN DE EMPRESA DEL ART. 44 ET	17
3.3 LAS DIFERENTES FIGURAS SUBROGATORIAS EN LA TANSMISIÓN DE CONTRATAS	20
3.3.1 La subrogación <i>ex lege</i>	21
3.3.2 La subrogación convencional.....	22
3.3.1 La subrogación contractual	24
3.3.2 La superposición de las figuras subrogatorias.....	26
3.4 LA TRANSMISIÓN DE LA CONTRATA Y LA CONTINUIDAD DE LOS REPRESETANTES DE LOS TRABAJADORES	31
4. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EMPLEADOR PRINCIPAL. RESPONSABILIDAD EN LA SUBCONTRATACIÓN DEL ART. 42 ET.....	34
5. CONCLUSIONES.....	37
6. BIBLIOGRAFÍA.....	39

ABREVIATURAS

ART	= Artículo
AA VV	= Autores varios
BOE	= Boletín Oficial del Estado
BORM	= Boletín Oficial de la Región de Murcia
CC	= Código Civil
CC AA	= Comunidad Autónoma
CE	= Constitución Española
ET	= Estatuto de los Trabajadores
EXP	= Expediente
LCSP	= 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.
LGSS	= Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LOLS	= Ley Orgánica de Libertad Sindical
LRJPAC	= Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
REC	= Recurso
RRTT	= Representantes legales de los trabajadores
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	= Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TACRC	= Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TJCE	= Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas
TS	= Tribunal Supremo
TSJ	= Tribunal Superior de Justicia
UGT	= Sindicato Unión General de Trabajadores

RESUMEN:

El Ordenamiento laboral otorga a quienes ostentan la figura de la representación de los trabajadores en la empresa diversas funciones y competencias, a fin de salvaguardar los intereses de los trabajadores representados frente al empresario. Trabajadores que en el ámbito de estudio del presente trabajo se encuadran dentro de una organización productiva y autónoma descentralizada, denominada contrata pública. Un instituto de sucinta regulación, y que por el contrario ha tenido un crecimiento inmenso a lo largo y ancho de nuestro país, pudiendo ser varias decenas de miles de trabajadores los que prestan servicio bajo esta modalidad de subcontratación pública.

La contrata pública se caracteriza por la adjudicación de un servicio –o encargo- a un tercero, para que éste lo ejecute según los términos pactados, sometida a las reglas de contratación pública, de las que se extraen que toda concesión es temporal, de modo que cuando termina la vigencia de una contrata, la Administración emprende el proceso de licitación, en el que un nuevo tercero – empresario- podrá ser el nuevo titular de la misma, provocando una transmisión de contratas con todos los efectos legales y laborales sobre los trabajadores adscritos a la misma.

Los efectos jurídico-laborales sobre los derechos de los trabajadores – incluyendo los de representación- en estos escenarios de transmisión de contratas públicas y de cambio de empresario pueden ser bien distintos, en función de que el sometimiento en las reglas de sucesión, y sobre todo en lo que respecta a las cláusulas subrogatorias de los mismos, sea legal, convencional o contractual.

PALABRAS CLAVE: Representación, sucesión de empresa, subrogación

ABSTRACT:

Labour law confers several functions and competencies to those who hold workers' representative figures regarding the company, with the purpose of preserving the interests of the represented employees towards the employer; employees who, concerning the approach of this work, are framed up within a productive and autonomous decentralized organization, named as public procurement. This is a succinctly regulated institution, even though having a huge growth all around our country and probably employing several tens of thousands workers under this public contracting mode.

Public procurement is featured by the award of a service- or request- to a third party, so this last one can execute it under the agreed terms, subject to public procurement rules, from which it is extracted that every award is only temporal, in that way that, whenever the validity of the procurement expires, public Administration starts the bidding process, through which a new third party- employer- will be eligible to be the new holder of this service, provoking a transmission of the procurements with all the legal and labour effects over the previously employed workers.

Legal and labour effects over the workers' rights – including representative ones-, within this scenario of public procurement transmission and employer change, can be truly different, in accordance with the subjugation to the transmission rules, with especial remark respect to the surrogacy clause of these ones, being whether legal, conventional or contractual.

KEYWORDS: Representation, company transmission, surrogacy

1. INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación y aprobación de la Constitución Española del 78, la libertad sindical hasta entonces prohibida, se ha asentado en el sistema de relaciones laborales español, de modo que siguiendo el mandato institucional, nuestro Ordenamiento consolida la libertad sindical como derecho fundamental de los trabajadores, y persigue propiciar la participación de los trabajadores en las empresas, facilitando el ejercicio de los derechos de representación, interesándose el siguiente trabajo en el análisis de la representación legal o unitaria.

Por otro lado, se analizará el régimen de la sucesión de empresa. Una figura que inicialmente estaba regulada en apenas dos apartados en la Ley, y que ha venido sufriendo cambios e interpretaciones jurisprudenciales continuas debido a su desregulación, incluso desde antes que la Ley 12/2001, de 9 de julio, mejorara el contenido y garantías del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

En la práctica la sucesión de empresa tal y como la Ley la regula, resulta subjetiva y genérica, lo que aplicado al ámbito de las contrataciones públicas, ha venido teniendo respuestas doctrinales muy diferentes. Si bien desde 2008 la jurisprudencia viene siguiendo la misma línea sobre la interpretación del art. 44 ET, en cuanto a la transmisión de contrataciones, dado que en las mismas no se transmiten elementos patrimoniales, sino que por el contrario tan solo se transmite mano de obra.

Teniendo en cuenta que no siempre es de aplicación el art. 44 ET, existen otras figuras de “sucesión”, que serán de aplicación en función una serie de elementos y circunstancias que se den en el momento de cambio de empresario en la contrata, debiendo analizar exhaustivamente el Convenio colectivo de aplicación, o los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, entre otros aspectos.

El objeto del presente trabajo, además de analizar brevemente la institución de la representación unitaria de los trabajadores, es examinar de manera introductoria la sucesión de empresa, aplicada a la transmisión de contrataciones, en donde se van a intentar desglosar el alcance y naturaleza de las diferentes figuras subrogatorias en escenarios de cambio de empresario en contrataciones, más aún teniendo en cuenta el gigantesco crecimiento del número de trabajadores, que han pasado en los últimos años a prestar servicio bajo esta fórmula de descentralización productiva en la Administración pública.

2. LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

2.1 EL MODELO DUAL DE REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA

En España existen dos normas elementales que regulan los dos canales de representación de los trabajadores en la empresa la LOLS y el ET. De un lado la representación sindical en sí misma, formada por secciones y delegados sindicales, que desarrollan la labor del sindicato en la empresa regulada en la LOLS, y de otro, la representación colectiva unitaria, creada por el ET, conformado por los delegados de personal y comités de empresa.

Si bien, ambos canales de representación no están desconectados. Basta con señalar, en primer lugar, que, si bien no de forma exclusiva, los sindicatos están expresamente legitimados para promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa (art. 67.1 ET), así como para presentar candidatos en dichas elecciones [art. 2.2 d) LOLS y art. 69.3 ET], promoción y presentación aquellas, que son actividades amparadas por el derecho de libertad sindical (art. 28 CE). En segundo término, y en conexión con lo anterior, alcanzar la condición de sindicato más representativo (arts. 6 y 7.1 LOLS), se hace legalmente depender de si el sindicato en cuestión supera o no determinados porcentajes de audiencia en las elecciones a órganos de representación unitaria o electiva de los trabajadores¹.

En efecto, la representación unitaria en la empresa se encuentra fuertemente sindicalizada tanto en su composición, puesto que son los sindicatos quienes concurren a través de un proceso electoral, como en sus funciones, puesto que las facultades y derechos reconocidos por la Ley a comités de empresa y delegados de personal constituyen materialmente actividades sindicales en sentido propio²

2.2 LA REPRESENTACIÓN LEGAL O UNITARIA EN LA EMPRESA

El ET recoge en dos Títulos los derechos de representación colectiva, reunión de los trabajadores en la empresa, y negociación colectiva. Entre los artículos 61 y 92 se aglutina el núcleo esencial de la institución representativa legal de los trabajadores, que en la práctica supone la vía preferente de actuación de los sindicatos para penetrar en las empresas.

¹ STC 95/1996, de 29 de mayo.

² COLLADO GARCÍA, L. (2015). *La Representación de los Trabajadores en la empresa*. AAVV. Ed. Bomarzo, Albacete, p. 34.

2.2.1 Constitución de los órganos de representación

A la hora de constituir los órganos de representación unitaria, se ha de tener en cuenta el número de trabajadores existentes en la empresa, o centro de trabajo en el que se vayan a promover elecciones.

Por un lado los delegados de personal son los representantes de los trabajadores en empresas o centros de trabajo que tengan menos de 50 trabajadores. Así para una plantilla comprendida entre 6 y 49 trabajadores, se elegirá un delegado de personal hasta 30 trabajadores y 3 delegados para aquellas plantillas que tengan de 31 a 49 trabajadores³.

También es posible que por medio de la negociación colectiva se celebren elecciones sindicales en empresas de menos de 6 trabajadores, en sectores caracterizados por la existencia de microempresas que normalmente no alcanzan la plantilla mínima exigible para celebrar un proceso electoral conforme a las normas del ET⁴.

Por otra parte el comité de empresa ostenta la representación de los trabajadores en empresas o centros de trabajo cuya plantilla sea de 50 o más trabajadores⁵. De modo que el número de miembros que componen cada comité de empresa se determina en función de una escala, que es el número de trabajadores en la fecha de preaviso, a saber:

- De 50 a 100 trabajadores, cinco
- De 101 a 250, nueve
- De 251 a 500, trece
- De 501 a 750, diecisiete
- De 751 a 1.000 trabajadores, veintiuno
- De 1.000 en adelante, dos por cada mil o fracción, con el máximo de setenta y cinco⁶.

Dentro del concepto común de comité de empresa, en la práctica procede diferenciar entre comité de empresa de centro de trabajo, comité conjunto y comité de grupo de empresas⁷.

³ Art. 62 ET.

⁴ COLLADO GARCÍA, L. (2015). *La Representación de los Trabajadores en la empresa*. AAVV. Ed. Bomarzo, Albacete, p. 53.

⁵ Art. 63.1 ET.

⁶ Art. 66 ET.

2.2.2 Funcionamiento y medios instrumentales

En lo que respecta a los delegados de personal, éstos ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos y tendrán las mismas competencias establecidas para los comités de empresa⁸, lo cual puede dar a entender, a primera vista, que sus acuerdos han de ser adoptados por unanimidad, lo cual como veremos, no es así⁹.

Así, a lo largo del ET se recoge en diversos artículos que para que exista validez en los acuerdos adoptados se necesita la mayoría del comité de empresa y delegados de personal, como por ejemplo en modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), despidos colectivos (art. 51.4 ET), suspensión y reducción temporal de la jornada (art. 47 ET), aprobación de convenios de empresa (art. 89.3 ET), de modo que el ejercicio mancomunado de los delegados de personal significa que los delegados actúan conjuntamente y de común acuerdo, no aislados, siendo admisible el acuerdo de la mayoría en caso de discrepancia¹⁰.

En cuanto a los comités de empresa, deberán de elegir entre sus miembros un presidente y un secretario, debiendo elaborar un reglamento de funcionamiento interno, remitiendo copia del mismo a la Autoridad laboral y a la empresa¹¹.

2.2.3 Derechos y garantías inherentes al cargo representativo

Con carácter genérico, la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, exige a los Estados Miembros velar por la existencia de un régimen de garantías que permita a los representantes de los trabajadores realizar de manera adecuada sus funciones¹², obligación traspuesta al ordenamiento jurídico español en el Título II del ET, en especial en el art. 68. En definitiva lo que el ordenamiento jurídico trata de evitar es la tentación de que el empleador, sucumba al impulso de represalia a tales representantes,

⁷ El comité de grupo de empresa no viene contemplado como tal en el ET, de modo que se habrá de estar a lo que estipule con Convenio colectivo de aplicación, y en su caso a criterios jurisprudenciales

⁸ Art. 62.2 ET

⁹ COLLADO GARCÍA, L. (2015). *La Representación de los Trabajadores en la empresa*. AAVV. Ed. Bomarzo, Albacete, p. 89.

¹⁰ STJS GALICIA de 7-3-98.

¹¹ Art. 66.2 ET.

¹² SEMPERE NAVARRO, A.V. (2004). *Las garantías de los Representantes de los Trabajadores (estudio del Artículo 68 ET)*. Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 17.

dotándolos de una protección especial frente a eventuales actuaciones discriminatorias o perjudiciales¹³.

De los derechos específicos y garantías de los representantes de los trabajadores, se va a intentar sintetizar las más significativas y comunes en la práctica funcional de los mismos, a saber; apertura de expediente contradictorio, prioridad de permanencia en la empresa, inmunidad y no discriminación, libertad de expresión y crédito horario.

- Apertura de expediente contradictorio para sanciones por falta graves y muy graves¹⁴: Se trata de una garantía que exige al empresario la observancia de una serie de requisitos formales para poder despedir o sancionar al trabajador; de ahí que se le haya atribuido, por una parte de la jurisprudencia, el calificativo de “formal”, mientras que, a nivel doctrinal, se la considera como un “plus de protección” de los representantes frente al resto de trabajadores¹⁵.
- Prioridad de permanencia en la empresa¹⁶: Nos encontramos, ante una garantía defensiva de carácter sustantivo que tiende a proteger al representante frente a decisiones empresariales que pudieran perjudicarlo, evitando a la vez, que la representación pueda verse restringida¹⁷.
- Inmunidad y no discriminación¹⁸: Con esta prerrogativa se apuntala la defensa del normal desempeño del representante, que en ocasiones conduce a situaciones de enfrentamiento con la empresa y ésta puede desembarazarse del trabajador molesto, o sancionarlo, de modo que se quebrantarían los fundamentos de tal cualidad representativa. Esta garantía añade un plus a la general prohibición de discriminaciones y significa que las funciones representativas se sitúan fuera del poder disciplinario de la empresa¹⁹.

¹³ MONTOYA MELGAR, A. (2003). *Derecho del trabajo. 24ª edición*. Ed. Tecnos, Madrid, p. 651.

¹⁴ Art. 68.a) ET.

¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. (2004). *Las garantías de los Representantes de los Trabajadores (estudio del Artículo 68 ET)*. Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 28.

¹⁶ Art. 68.b) ET.

¹⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V. (2004). *Las garantías de los Representantes de los Trabajadores (estudio del Artículo 68 ET)*. Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 66.

¹⁸ Art. 68.c) ET.

¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. (2004). *Las garantías de los Representantes de los Trabajadores (estudio del Artículo 68 ET)*. Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 81.

- Libertad de expresión²⁰: Se trata de una concreción del derecho fundamental, que aunque con problemática interpretativa, viene a reafirmar el derecho de libertad de expresión de un grupo determinado de trabajadores con funciones representativas, en materias circunscritas al interés laboral y social de los trabajadores representados.
- Crédito horario: es una garantía o instrumento de carácter material, de exoneración parcial de la obligación de prestación de servicios para el empleador, reconociendo el derecho a ausentarse del trabajo sin pérdida de su retribución²¹, todo ello para el ejercicio de funciones sindicales o de representación. El art. 68.e) ET, dispone la escala de horas mensuales retribuidas para los delegados de personal y miembros de comité de empresa, siendo ésta extensible a los delegados sindicales²². Cabe destacar que el TS²³ tiene declarado que hasta no se haya constituido en nuevo órgano de representación no termina el mandato del anterior, de modo que mientras tanto el crédito horario corresponde utilizarlo al anterior órgano de representación²⁴. Ligado al crédito horario, existe un permiso retribuido de los representantes sindicales para la participación en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos²⁵, debiendo de interpretarse como un crédito “adicional”, no solo para reuniones de la comisión negociadora sino también para tiempos de preparación, estudio de propuestas, etc.²⁶.

Especial mención ha de hacerse también de los derechos de información recogidos en el art. 64 ET, de los que la empresa viene obligada a suministrar al comité de empresa a requerimiento de éste. Nos encontramos por tanto, en un suelo mínimo legal, por el que los representantes de los trabajadores, pueden acceder a determinada información, ya no solo a la que concierne a sus representados, sino también a previsiones realizadas por la empresa con respecto a la evolución económica de la misma, o a por ejemplo, a emitir informe previo, antes de que la empresa proceda a adoptar determinadas decisiones de índole colectiva.

²⁰ Art. 68.d) ET.

²¹ COLLADO GARCÍA, L. (2015). *La Representación de los Trabajadores en la empresa*. AAVV. Ed. Bomarzo, Albacete, p. 108.

²² Art. 10 LOLS.

²³ STS de 9-3-1994.

²⁴ STSJ PV de 29-10-2013.

²⁵ Art. 9 LOLS.

²⁶ STSJ Cataluña de 27-2-2007.

2.3 COMENTARIO ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES, EN ESCENARIOS DE TRANSMISIÓN DE CONTRATAS PÚBLICAS

Analizadas las cuestiones genéricas, en cuanto a los derechos y garantías de los representantes de los trabajadores, se hace necesario analizar, dentro del ámbito de la contrata pública, las funciones que pueden desempeñar los mismos, de cara al seguimiento y control de los procesos de licitación pública, que traerán como consecuencia la transmisión de la contrata en la Administración pública.

Como ya se analizará más adelante con detalle, la licitación pública es un procedimiento administrativo con la finalidad de sacar a concurso la contrata para que los empresarios –oferentes- interesados puedan ofertar y resultar adjudicatarios de la misma. Dentro del ámbito de contratas de servicios que se enmarca este trabajo, a mi juicio existen dos vertientes en la que los representantes de los trabajadores adscritos a la contrata, podrán ejercer acciones de seguimiento y control al procedimiento administrativo de licitación pública.

En una primera fase, podríamos diferenciar una actuación *preventiva* de la representación legal de los trabajadores frente al procedimiento administrativo de licitación pública, siempre en su fase inicial. La misma viene determinada por un lado, por la capacidad de obrar del comité de empresa para ejercer acciones administrativas o judiciales²⁷, y de otro por los intereses legítimos -individuales o colectivos- de los trabajadores con respecto al proceso de licitación²⁸. Esta actuación preventiva, se enmarcaría dentro del proceso inicial de licitación, es decir, desde el anuncio previo hasta el momento previo a la publicación de los pliegos, en donde la representación de los trabajadores de la contrata, podrá interesarse en que la Administración²⁹ elabore los pliegos de condiciones correctamente, en aras de que los datos de subrogación del personal adscrito a la contrata no contengan errores de transcripción, ya que el comité de empresa tiene acceso a la documentación contractual de los trabajadores³⁰, de modo que puede probar ante el órgano de contratación, los aspectos y circunstancias laborales de los trabajadores adscritos a la contrata, a los efectos de que las mismas sean contenidas

²⁷ Art. 65.1 ET.

²⁸ Art. 31 LRJPAC.

²⁹ El art. 35 LRJPAC, recoge el derecho de los que ostenten la condición de interesados, de conocer el estado de tramitación de los procedimientos administrativos, y a obtener copias de los documentos contenidos en ellos.

³⁰ Art. 64.4 ET.

en los pliegos de condiciones para mayor transparencia y seguridad jurídica. Este derecho de acceso a la información del procedimiento de licitación, se deberá de entender circunscrito tan solo al contenido de los pliegos, referente a los datos de subrogación contenidos en los mismos, normalmente efectuado en anexos.

En última instancia, se puede ejercer una actuación *impugnatoria* dentro de lo que podríamos llamar la segunda fase del proceso de licitación, que iría desde la aprobación y publicación de los pliegos de condiciones, hasta su resolución final con el acto de adjudicación de la contrata. Esto viene determinado a que los representantes legales de los trabajadores están legitimados³¹, a interponer recurso especial en materia de contratación contra los actos del procedimiento de licitación, siempre que los intereses o derecho legítimos de los trabajadores puedan verse perjudicados por la documentación o decisiones de la Administración, en los que respecta al proceso administrativo de licitación. Este tipo recursos se regulan por LCSP, una normativa específica que afecta a todos los contratos del sector público, y que en vía administrativa y para el caso de la Región de Murcia, se resuelven por el TACRC³².

En definitiva, a los representantes legales de los trabajadores adscritos a la contrata, además de los derechos y garantías genéricas que el ET les otorga frente al empresario, el ordenamiento administrativo también les permite ejercitar medidas de seguimiento, inspección, control y revisión del proceso de licitación frente a la Administración, del que tendrá como consecuencia la posible transmisión de la contrata a un nuevo empresario.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL DE LA TRANSMISIÓN DE CONTRATAS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Conviene recordar, que la contrata conocida hoy día, es el resultado un cambio efectuado durante años en el mercado laboral. Un mercado que ha ido buscando

³¹ El art. 42 LCSP, establece que “*Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso*”. La mencionada legitimación que dispone el artículo, además de ostentarla los licitadores, queda circunscrita a los trabajadores y sus representantes, ya que la jurisprudencia del TACRC ha excluido a los sindicatos de la legitimación activa para recurrir los actos administrativos en materia de contratación pública.

³² Conforme al art. 41.3 LCSP, y en virtud del convenio suscrito entre la Región de Murcia y el Ministerio de Hacienda publicado en BOE de 21-11-2012.

fórmulas de flexibilización de la mano de obra, y que vio en la descentralización del ciclo productivo su gran baza, mediante la subcontratación entre empresas de las obras o servicios, que venían a satisfacer necesidades temporales o cíclicas.

Es decir, que la flexibilidad ya no se tornaba solo en la contratación temporal, sino que se buscaba, mediante un conjunto organizado de medios y de mano de obra externo, atender las exigencias del proceso productivo, creándose diferentes capas de trabajadores con aplicación de diferente normativa convencional bajo la dirección de un mismo empresario. Este resultado se ha obtenido sin necesidad de cambiar nada del Derecho escrito, o mejor dicho, precisamente por no cambiar nada del Derecho escrito³³, pudiendo entender la falta de regulación de la normativa laboral respecto de las contrata, como un elemento más de flexibilización.

En efecto, puede resultar paradójico pero tan solo son dos los artículos del ET los que prestan regulación a la contrata³⁴, y son el 42 referente a la subcontratación y el 44 en lo que respecta a la sucesión de empresa. El término *contrata*, en lo que aquí respecta, se usará en término “subcontrata”, y muy estrechamente como resultado de una organización autónoma e independiente debida a la descentralización de la unidad productiva, o para el caso que nos ocupa en la Administración pública, como una privatización de un servicio prestado anteriormente por la misma. Por otra parte, ya está superada la diferenciación que la norma contenida en el art. 42 ET hace entre contrata y subcontrata: se ha llegado al consenso de considerar que se trata del mismo instituto jurídico, con las mismas normas reguladoras, pese a la diferenciación de nomenclatura³⁵.

Entendiendo que el presente trabajo hace especial referencia a la transmisión de contrata, se va a analizar en primer lugar el proceso de licitación pública como desencadenante de la misma, en segundo lugar el régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa, y por último los efectos jurídicos que se producen en las relaciones laborales de los trabajadores mediante la diferente tipología de subrogaciones

³³ PEDROSA GONZÁLEZ, J. (2008). *Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contrata*. Ed. Bomarzo, Albacete, p. 14.

³⁴ Téngase en cuenta que nos referimos mayormente a contrata de servicios, vinculadas a la Administración pública, ya que por ejemplo, en el caso de la construcción existe la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en la construcción.

³⁵ PEDROSA GONZÁLEZ, J. (2008). *Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contrata*. Ed. Bomarzo, Albacete, p. 45.

existentes, así como el análisis de la continuidad del mandato de los representantes de los trabajadores.

3.1 LA LICITACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. DESENCADENANTE DE LA TRANSMISIÓN DE CONTRATAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Analizar los elementos que conforman y afectan a las relaciones laborales de los trabajadores adscritos a una contrata pública en un escenario de sucesión, nos lleva a tener que prestarle atención al procedimiento administrativo que provoca la transmisión de la contrata de una empresa a otra, de modo que en el presente apartado, se le va a intentar dar forma, de manera lo más resumida posible, al proceso por el cual la Administración convoca, estudia y adjudica las contratas dependientes de ella.

Así pues, la licitación pública es un procedimiento público de contratación de obra o servicio determinado por parte de la Administración contratante, del que existen muy diversas formas de contratación a la hora de seleccionar al contratista, además de numerosas tipologías contractuales en función de la necesidad que la Administración pretenda solventar, todas ellas reguladas en la LCSP.

Con ocasión del estudio del presente trabajo, estando el mismo centrado en la prestación de servicios públicos subcontratados por la Administración a través de empresas concesionarias, solo cabe ceñirnos a las figuras contractuales de aplicación a tales casos, así como la exclusión de los contratos administrativos menores y negociados sin publicidad. Estas figuras son los contratos de concesión de servicios públicos y de servicios³⁶, que aunque difieren entre sí en diferentes aspectos, comparten semejanzas en cuanto a la ejecución, modificación y extinción de las mismas. La duración es una de sus grandes diferencias, ya que por ejemplo, los contratos de concesión de servicios públicos pueden extenderse hasta 50 años, mientras que los de servicios solo podrán extender su vigencia hasta los 4 años.

Como ejemplos prácticos, podemos citar que la concesión del servicio de transporte público a una empresa, se realiza mediante contrato de concesión de servicio

³⁶ Existen más tipos de contratos, como por ejemplo, los de obras, concesión de obra pública, de suministros o de colaboración entre el sector público y el sector privado.

público³⁷, y que la limpieza de un colegio o la seguridad de un hospital mediante contrato de servicios³⁸.

En función de qué tipo de contrato sea el adecuado o de si el precio supera una determinada cuantía, el proceso de licitación podrá estar, o no, sujeto a regulación armonizada, es decir sometido a un estricto seguimiento y cumplimiento de todos los requisitos que impone la LCSP.

La licitación pública podrá cursarse mediante diferentes procedimientos, siendo el más común el *procedimiento abierto*³⁹, ya que es el más favorecedor y respetuoso con el principio de igualdad entre licitadores, y al que pueden presentarse todas aquellas empresas que reúnan la capacidad y solvencia exigidas. La tramitación de la licitación podrá ser ordinaria o de urgencia, que por interés público se podrán reducir los plazos a la mitad en ésta última⁴⁰.

En cada procedimiento de licitación pública habrá un Órgano o Mesa de contratación⁴¹ que se encargará de fijar los plazos para la recepción de las ofertas, la verificación del cumplimiento de los requisitos previos, así como la valoración de las ofertas presentadas conforme a los criterios recogidos en los pliegos de condiciones. Éstos criterios recogidos en los citados pliegos, serán por una parte evaluables de forma automática, en cuanto al precio de la proposición económica, y de otra dependientes de un juicio de valor por parte de la mesa de contratación, esto es en cuanto a la proposición técnica de la oferta, y en qué grado se ajusta la misma a lo recogido en pliegos, siendo normalmente el peso de ambos criterios, 51% proposición económica y 49% proposición técnica.

Una vez abiertas y analizadas las ofertas de las diferentes empresas por la Mesa de contratación, se evaluarán las mismas mediante puntuación, y se requerirá al

³⁷ Regulado en los arts. 275 y ss. LCSP.

³⁸ Regulado en los arts. 301 y ss. LCSP.

³⁹ Existen otros procedimientos, como el restringido y el negociado, en donde la Administración ha de justificar debidamente su uso, al limitar, mediante una serie de requisitos, el número de empresas oferentes.

⁴⁰ La Administración también usa el trámite de urgencia, cuando la licitación se realiza apurando los plazos, o por ejemplo, cuando nos es posible prorrogar mediante contratos menores el servicio que se pretende licitar, a fin de ajustar los plazos al trámite ordinario.

⁴¹ La Mesa de Contratación, como órgano de asistencia en materia de contratación a que hace referencia el artículo 320 LCSP, y con las funciones señaladas en el artículo 22 del Real Decreto n° 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, y que en el ámbito regional se constituirá de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

empresario con la oferta mejor puntuada para la formalización del contrato administrativo que proceda, conforme al art. 156 LCSP. Si un nuevo empresario resultase adjudicatario de la contrata, entonces deberán de ponerse en marcha, en su caso, los mecanismos para proceder a la subrogación de los trabajadores adscritos a la misma, que como más adelante se dirá, podrán operar diferentes figuras subrogatorias, en función, entre otras, de las características de la contrata o del convenio colectivo que le sea de aplicación al caso.

Resulta significativo resaltar el contenido y la importancia de los pliegos de condiciones en este tipo de licitaciones de servicios, ya que como anteriormente se comentaba, descansan fundamentalmente en la mano de obra, y que además, como más adelante se tratará, estará en la mayoría de casos sujeta a subrogación del personal en caso de que un nuevo empresario resulte adjudicatario, debiendo aparecer en los pliegos un anexo con la relación de personal adscrito al servicio o contrata que sea objeto de subrogación y sus condiciones contractuales, conforme al art. 120 LCSP⁴².

3.2 LA SUCESIÓN DE EMPRESA DEL ART. 44 ET

La sucesión de empresa no ha sido en la anterior regulación del art. 44 ET una institución pacífica. Basta consultar los repertorios jurisprudenciales y los estudios doctrinales para apreciar su carácter de materia disputada⁴³.

Hay que partir que desde la promulgación del primer Estatuto de los Trabajadores en 1980, la redacción literal del art. 44 ET ha permanecido inalterada, hasta que en el año 2001 fue modificado por Ley 12/2001, con la intención según su preámbulo de reforzar las garantías en la sucesión de empresa “a través de una mejora

⁴² Como ya comentáramos anteriormente, no debe olvidarse la importancia de que en los pliegos de condiciones los datos se asemejen a la realidad del servicio, ya que de lo contrario, un trabajador que aparezca en el pliego como adscrito a la contrata y que los datos sobre sus condiciones laborales, ya sea por error y omisión, recogidos en el mismo puedan lesionar sus derechos o intereses, estará legitimado para interponer recurso especial en materia de contratación, conforme a los arts. 40 y ss. LCSP, lo que puede provocar un perjuicio para la Administración ya que el proceso de licitación puede verse paralizado o suspendido hasta que el Tribunal administrativo competente resuelva. De ahí la importancia que la Administración se cerciore de contrastar los datos suministrados por el contratista, con los efectivamente existentes.

⁴³ DESDENTADO BONETE, A. (2002). “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 38, p. 241.

de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores que permita dotar a estas situaciones laborales con la debida transparencia y seguridad jurídica”.

Si bien ésta regulación legal de sucesión de empresas ha venido teniendo un difícil encaje en las sucesiones de contratas de servicios, donde no existe transmisión ni negocio jurídico de los elementos patrimoniales, sino tan solo aportación mayoritaria de medios humanos, y donde la jurisprudencia del TS ha venido sentenciando la no existencia de sucesión legal de empresas en este tipo de transmisiones.

Pero diferentes sentencias del TJCE⁴⁴, interpretando las Directivas 1998/50/CE y 2001/23/CE⁴⁵ han venido a establecer que cabe la posibilidad de que exista una sucesión de empresas en el caso de sucesión de contratas de servicios, sin que exista transmisión de elementos patrimoniales ni un negocio jurídico entre las empresas contratistas que se suceden, de modo que tal tipo de transmisión y de negocio jurídico, si bien son indicios importantes de la sucesión empresarial, no son determinantes o esenciales para la existencia de la misma, lo que obligó también a cambiar el criterio fijado por el TS hasta entonces, siendo la STS 27-6-2008 (Rec. 4773/2006) de las primeras en admitir la existencia de sucesión del artículo 44 ET, como "sucesión de plantillas", para la actividad de limpieza y mantenimiento.

El hecho de que la empresa se haya hecho cargo de una parte significativa de la plantilla ⁴⁶ determina que pueda considerarse como una unidad económica independiente, aunque no haya habido transmisión patrimonial alguna y exista una falta de coincidencia del objeto social y de la actividad de la contratada. Esta doctrina se reitera en pronunciamientos posteriores en contratas de servicios como el de la STS de 28-2-2013 (Rec. 542/2012), o la STS de 5-3-2013 (Rec. 3984/2011), entre otras.

Así pues, en sectores como la limpieza y la vigilancia, entre otros, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una

⁴⁴ Entre muchas otras, SSTJCE de 10-12-1998 (caso Süzen); de 24-1-2002 (caso Hidalgo) y de 24-11-2002 (caso Tecmo)

⁴⁵ Esta última derogó la 98/50/CE.

⁴⁶ Hay también un problema técnico para determinar cuándo la parte de la plantilla supuestamente transmitida resulta significativa –«esencial en términos de número y competencias», según la fórmula– y esto crea inseguridad jurídica (Morón Prieto), sobre todo, si se acaba diciendo que el que la mayor parte de la plantilla no haya sido transferida, sino despedida, es irrelevante porque «la eventual infracción» de la norma «no cuestionaría la existencia de transmisión» (Sentencia asunto Merckx y Neuhuys, punto 26). DESDENTADO BONETE, A. (2002). “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”. *Revista del Ministerio de Trabajo* n°38, p. 253.

entidad económica y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese de la anterior contrata, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea⁴⁷. Si bien se habrá de analizar la especificidad las circunstancias de la contrata, para poder constatar que si existe o no, una verdadera sucesión de empresa por la vía del art. 44 ET a la hora de la transmisión o subrogación, y es la STS de 28-2-13 la que culmina el cambio de criterio del TS, desgranando una serie de argumentos a analizar para la calificación o no de la existencia de una sucesión de empresa ex lege, cuando la unidad autónoma es susceptible de ser explotada económicamente, sin necesidad de que el cesionario aporte elementos patrimoniales indispensables⁴⁸, a saber:

"a) Lo determinante, para saber si se produce o no una sucesión empresarial, no depende tanto de que el nuevo empresario, el que continúa la actividad, sea o no propietario de los elementos patrimoniales necesarios para su desarrollo, y al margen también de que existiera o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, lo decisivo, decíamos, es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad.

b) En aquellos sectores (por ejemplo, limpieza, y vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario, quizá salvo que se trate del principal (STS 27-6-2008 , citada), no sólo continúa con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior.

⁴⁷ La STSJ R. MURCIA nº912/2013, de 18-09-13, recoge y sintetiza concienzudamente los criterios y argumentos del TS a la hora de apreciar la concurrencia de una sucesión legal de empresas, ex art. 44 ET, en contratas de servicios, refiriéndose en el caso enjuiciado a una contrata de limpieza.

⁴⁸ MADRIGAL ESTEBAN, M. (2015). "La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública". AA.VV. *Revista de actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 40-2015, p. 35.

c) Por contra, si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad

d) Así pues, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese de la anterior contrata, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. Por lo que se refiere a una empresa de limpieza se ha dicho también, que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción".

En definitiva, si DESDENTADO BONETE partía de que la sucesión de empresa del art. 44 ET antes de la reforma de 2001 no era una institución pacífica, en la actualidad difícilmente podemos pensar que lo sea, ya que si la citada reforma tuvo en entre sus objetivos ampliar garantías y aumentar la seguridad jurídica en este tipo de supuestos, la complejidad de establecer cuando es de aplicación o no el art. 44 ET en la transmisión de contratas en la Administración pública, sigue latente.

3.3 LAS DIFERENTES FIGURAS SUBROGATORIAS EN LA TRANSMISIÓN DE CONTRATAS

La jurisprudencia ha sido quien ha ido perfilando los diferentes tipos de subrogación de los contratos de trabajo, pues la misma puede venir impuesta por diferentes vías, a saber, unas relacionadas con la voluntariedad de los sujetos

legitimados, y otras por imperativo legal⁴⁹. De estos tipos de subrogación podemos diferenciar tres grandes tipos, a saber por un lado, la subrogación legal impuesta por ley del art. 44 ET, y la subrogación relacionada con la voluntariedad de los sujetos, en la que diferenciamos la subrogación convencional recogida en convenio colectivo y la subrogación contractual que opera por imposición de los pliegos de condiciones en el ámbito de las contrata públicas.

3.3.1 La subrogación *ex lege*

En el anterior apartado 3.2 hemos desgranado los argumentos jurisprudenciales necesarios para identificar la operatividad del art. 44 ET, por lo que ahora entramos a analizar el alcance y naturaleza del precepto cuando es de aplicación en la transmisión de contrata. Así, cuando se produzca una subrogación empresarial por sucesión legal de empresas, el nuevo empresario quedará subrogado en los derechos obligaciones laborales y de Seguridad Social, incluyendo compromisos de pensiones, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente⁵⁰, además el nuevo empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad⁵¹. Establece además una responsabilidad solidaria entre los empresarios sucesivos respecto a las obligaciones laborales anteriores y posteriores a la sucesión, aunque en menor medida para estas últimas. Estamos habituados a esta regulación, pero se trata de una institución extraña, que, sin embargo, existe también en el ámbito tributario y en la Seguridad Social. Es una responsabilidad excepcional creada por la ley, con la finalidad de establecer una garantía reforzada para el cobro de los créditos laborales y, sin duda, también para prevenir posibles fraudes⁵². Asimismo clarifica que en caso de transmisión las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida⁵³. Y por último, y no menos importante, el art. 44 ET impone a cedente y cesionario informar a sus RRTT sobre las cuestiones y extremos relativos a la transmisión.

⁴⁹ STSJ R. MURCIA n°912/2013, de 18-09-13.

⁵⁰ Art. 44.1 ET.

⁵¹ Art. 44.5 ET.

⁵² DESDENTADO BONETE, A. (2002). “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”. *Revista del Ministerio de Trabajo* n° 38, p. 258.

⁵³ Art. 44.4 ET.

Así las cosas, en los supuestos calificables de sucesión legal de empresas, en cuanto al alcance subjetivo de la continuidad de las relaciones laborales, la subrogación alcanza, únicamente a las que estuvieran vigentes al tiempo de la sucesión de los trabajadores adscritos a la contrata pública. Así se deriva de las previsiones normativas internas y comunitarias⁵⁴. Es decir, que la subrogación alcanzaría a los trabajadores con contrato temporal, los de interinidad, los suspendidos con derecho a reserva del puesto de trabajo, entre otros, y en definitiva a los que estuvieran adscritos a la contrata y con su vínculo laboral vivo en el momento de la transmisión de la contrata⁵⁵.

En cuanto a la naturaleza de la subrogación de los trabajadores para este tipo sucesiones de empresa, la jurisprudencia es constante a la hora de configurar la subrogación legal como obligatoria⁵⁶ para el trabajador, ya que en caso de negarse no tendrá derecho a exigir el mantenimiento de su puesto de trabajo en la empresa saliente.

En cualquier caso, no debe olvidarse que el art. 44 ET, no altera las reglas referentes a la modificación de la relación laboral que ostenta todo empresario, por lo que el nuevo empresario dispone de los mismos poderes de los que disponía el anterior para modificarla (arts. 39, 40 y 41 ET)⁵⁷.

3.3.2 La subrogación convencional

La subrogación también puede operar por imperativo convencional y no legal, es decir que sin darse los requisitos de la aplicación del art. 44 ET, en donde anteriormente se argumentaba que en ocasiones resulta complicado de dilucidar, el nuevo empresario en la transmisión de la contrata, puede verse obligado a subrogar a los trabajadores. Si bien, en este tipo de subrogación por la operatividad y aplicación de un convenio

⁵⁴ NORES TORRES, L.E. (2012). *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataas*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 78.

⁵⁵ “Igualmente, quedan incluidos en el mecanismo subrogatorio quienes, habiendo sido despedidos con anterioridad a la constitución, sucesión o reasunción de la contrata, hubiesen impugnado la decisión empresarial y hubiesen alcanzado un fallo estimatorio de su pretensión tras la sucesión”. NORES TORRES, L.E. (2012). *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataas*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 79.

⁵⁶ NORES TORRES, L.E. (2012). *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataas*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 85, en relación a SSTs, por todas, la de 21-12-2010 (rec 1106/2010), que como se detallará más adelante, configuran el consentimiento del trabajador como requisito obligatorio sólo en la subrogación de carácter contractual.

⁵⁷ MORENO GENÉ, J. (2003). *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 92.

colectivo, sus cláusulas serán de aplicación en los términos y con los límites que en ella se establezcan⁵⁸.

Este tipo de subrogación convencional presenta algunos límites, con respecto a la subrogación legal. Así, desde una perspectiva interna en este tipo de subrogaciones, siempre que sea de aplicación un convenio colectivo que obligue al contratista entrante a subrogar, se habrá de estar expresamente al contenido del mismo, de modo que dependiendo de qué sector y en qué ámbito funcional estemos, el respeto a los derechos y garantías de los trabajadores tendrá diferente alcance, por parte de la asunción de la contratación del nuevo empresario adjudicatario. Como ya hemos visto en la subrogación legal, se recogen un elenco de garantías expresamente estipuladas – Seguridad Social, protección social complementaria, mandato RRTT, responsabilidad solidaria, derechos de información de los RRTT-, circunstancias éstas que no siempre podrán estar expresamente contenidas en los convenios colectivos de aplicación.

En este tipo de subrogación convencional, también puede darse otro tipo de limitaciones de origen externo, como por ejemplo el ámbito aplicativo de los convenios colectivos, en donde en la empresa saliente puede ser de aplicación un convenio diferente que al de la empresa entrante. Si bien, en el ámbito de la transmisión de contrataciones de servicios públicos, la realidad práctica nos dice que existe en su gran mayoría convenios colectivos de ámbito sectorial⁵⁹ –estatal- que son de aplicación tanto a cedente, como a cesionario, de ahí la obligación de subrogar, siempre que no exista subrogación legal ni contractual.

A mi parecer, la gran limitación referida a este tipo de subrogación convencional viene referida a la obligación de entrega de concreta y esencial documentación a la nueva empresa adjudicataria del servicio, ya que de lo contrario si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente «los deberes que le impone el convenio colectivo –en cuanto a la documentación-, no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante», siendo la empresa incumplidora de esa obligación “la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en

⁵⁸ Por todas, STS de 10-07-2000 (Rec. 923/1999).

⁵⁹ Durante los últimos años, en la negociación colectiva de diferentes sectores, sobre todo los relacionados con las contrataciones públicas –limpieza, vigilancia, hostelería, etc.-, se vienen firmando convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal en los que se viene a conciliar elementos como el de la subrogación, a fin de armonizarlos en todo el territorio nacional, así como para crear seguridad jurídica en este tipo de sucesiones de contrataciones, en donde normalmente la materia de subrogación queda reservada a la negociación de ámbito sectorial estatal, en aras de ordenar la estructura de negociación, art. 83.2 ET.

concreto del despido en el caso de que se haya producido⁶⁰. Tampoco habrá transmisión ni operará la subrogación convencional, cuando un empresario no incluido en el ámbito de aplicación del convenio, resulte adjudicatario de la contrata. El ejemplo más típico suele ser el rescate por parte de la Administración del servicio subcontratado, quien no tendrá la obligación de subrogarse en la plantilla de la empresa concesionaria, aunque podrá operar subrogación cuando el “rescate” del servicio sea través de entidades públicas empresariales, y las mismas contengan en sus estatutos remisión subsidiaria al Convenio sectorial de aplicación, y éste último contenga la cláusula subrogatoria⁶¹, así como cuando concurren los elementos de aplicación de una subrogación legal.

Por lo que respecta a la naturaleza de la subrogación convencional, se debe recordar que los convenios colectivos estatutarios tienen garantizada “fuerza vinculante”⁶², y ostentan eficacia *erga omnes*⁶³ obligando a las partes incluidas dentro del ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia, de modo que a mi juicio debemos concluir, que estamos ante una subrogación impuesta por un instrumento cuya eficacia es similar al de una ley⁶⁴, pero en los términos y límites que en él se establezcan.

3.3.1 La subrogación contractual

Finalmente, en la transmisión de los trabajadores de una contrata pública, puede darse que no exista convenio colectivo de aplicación –o que no contenga cláusula subrogatoria-, de modo que no proceda la subrogación convencional, y que tampoco existan elementos identificadores para la aplicación de la subrogación legal, pero eso no quiere decir que la transmisión de la contrata no pueda traer consigo un efectos subrogatorio si así se establece en los pliegos de condiciones.

La subrogación contractual, tiene su origen en un pacto contractual de terceros – Administración y contratista-, normalmente por cláusulas contenidas en los pliegos de condiciones que rigen la licitación del servicio. Este tipo de cláusulas “suponen, de

⁶⁰ Por todas, STS 12 febrero 2014 -RJ 2014\950- y las en ella citadas, especialmente las referidas a la aplicación de los convenios colectivos sectorial de limpieza de locales y de empresas de seguridad - SSTS 11 de marzo de 2003 (RJ 2003\ 3353) y 28 de julio de 2003 (RJ 2003\7782)-.

⁶¹ STSJ ASTURIAS nº498/2013, de 01-03-13.

⁶² Art. 37.1 CE.

⁶³ Art. 82.3 ET.

⁶⁴ NORES TORRES, L.E. (2012). *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 92.

facto, el establecimiento de un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto de contrato”⁶⁵, por lo que pasa a ser aplicable el principio contenido en el art. 1205 CC, es decir, que la cláusula no impone la subrogación al trabajador, sino que exige la expresa voluntad del mismo⁶⁶. Siendo éste el criterio amparado en sede doctrinal, que no ha discutido sobre

⁶⁵ Informe de la Abogacía del Estado de 29-6-2005.

⁶⁶ SAN de 25-3-2015 (Rec. 180/2013). Sentencia que anula parte de una resolución del TACRC que anulaba una cláusula del pliego de condiciones que imponía la subrogación, a lo que la Sala entiende que “una cosa es que conforme al correcto dictamen de la Abogacía del Estado no se pueda imponer la subrogación a los trabajadores y otra muy distinta -aquí se encuentra a nuestro juicio el error del TACRC- que no puedan establecerse en los pliegos de condiciones un pacto de subrogación condicionado a la aceptación de los trabajadores y en defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y en el empleo”. Lo que la Sala legítima aceptación de este tipo de cláusulas subrogatorias contenidas en los pliegos, por las siguientes razones: “1.- Por estar amparada en el principio de libertad de pactos contenido en el art 25 LCSP. Conforme al cual "en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración".

2.- Por tener, asimismo amparo en lo establecido en el art. 120 LCSP a cuyo tenor: "En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. 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 éste"

Pues como se razona en la **STS (Soc) de 5 de abril de 1993 (Rec 207/1992)** cuando "el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, los pliegos de condiciones puedan ocuparse -y generalmente lo hacen- sobre la asignación del personal de los adjudicatarios anteriores a los sucesivos, imponiendo la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo; lo cual es posible, no porque se deje a la discrecional voluntad del ente público la posibilidad de establecer o no la subrogación que se impone " *ope legis* "; sino porque, en tal caso, el pliego de condiciones lo que haría sería perfilar el objeto de la concesión y despejar, de antemano, cualquier duda que pudiera plantearse al respecto y, sobre todo, poner de manifiesto la asunción de la obligación de subrogarse".

3.- Por ser esta también la línea en la que se mueve nuestra jurisprudencia. Así, la **STS (Soc) de 4 de abril de 2005 (Rec. 2423/2003)** sostiene que la sucesión sólo se produce cuando al anterior empresario "le suceda otro en la explotación de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma", lo que exige "que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial". Fuera de tales casos, "la sucesión únicamente se produce porque la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión". Es decir, que según esta sentencia es posible que el pliego de condiciones -con determinadas restricciones- establezca la obligatoriedad en la subrogación. O la más reciente **STS (Soc) de 13 de noviembre de 2013 (Rec. 1334/2012)** en la que se razona que fuera de los supuestos de subrogación *ex lege*, "solo será exigible si surge de la norma convencional o la imponía, en su caso, el régimen de obtención de la contrata -como puede suceder con la imposición de tal condición en el pliego de condiciones por parte de la Administración-, en cuyo caso habrá de estarse a esa fuente para delimitar el alcance de la obligación de subrogarse".

4.- Por último, no consideramos que el establecimiento de este tipo de cláusula, tal y como se ha configurado en el presente supuesto, suponga una discriminación contraria a la competencia. [...].Es más, de conformidad con el art. 4.5 del Reglamento 1370/2007, "Sin perjuicio del Derecho nacional y comunitario, e incluidos los convenios colectivos entre los interlocutores sociales, las autoridades competentes podrán solicitar al operador de servicio público seleccionado que ofrezca al personal previamente contratado para prestar los servicios los derechos que este hubiera tenido si se hubiese

la legalidad de este tipo de cláusulas, de modo que este tipo de “intervención pública” sobre la “autonomía privada” se ajusta a derecho⁶⁷.

Para este tipo de subrogación contractual, se habrá de estar a los términos que se hayan pactado, o al alcance contenido en las cláusulas estipuladas en los pliegos de condiciones, lo que puede llevar a la aplicación de las previsiones contenidas en los art. 1281 y ss. CC en cuanto a su interpretación. En definitiva, la naturaleza de la subrogación contractual supone la obligación de subrogar al personal adscrito por parte del empresario entrante, si bien no operan automáticamente sino que requieren el consentimiento de los trabajadores afectados⁶⁸, indicando la jurisprudencia que el consentimiento puede expresarse de manera expresa o tácita, sin que, en ningún caso, pueda ser sustituido por la aceptación manifestada por parte de los representante de los trabajadores⁶⁹.

3.3.2 La superposición de las figuras subrogatorias

Por último resulta necesario puntualizar, que como ya hemos visto la subrogación empresarial convencional y la subrogación impuesta por Ley son supuestos diferentes, en los que cuando opere ésta última se regirá de manera exclusiva por la normativa legal. No obstante, existen también supuestos de superposición entre ambas figuras, de manera que una subrogación convencional sea, al mismo tiempo, un

producido un traspaso con arreglo a la Directiva 2001/23/CE. Cuando las autoridades competentes exijan a los operadores de servicio público cumplir determinadas normas sociales, los documentos de la licitación y los contratos de servicio público enumerarán el personal afectado y detallarán de modo transparente sus derechos contractuales y las condiciones en las cuales se considera a los empleados vinculados a los servicios".

5.- Porque reforzando esta interpretación, la actual redacción del art 75 de la LOTT, dada por la ley 9/2013, de 4 de julio , establece que : "Sin perjuicio de la legislación laboral que resulte de aplicación al efecto, cuando un procedimiento tenga por objeto la adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente, el pliego de condiciones deberá imponer al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación, en los términos señalados en los apartados g) y h) del artículo 73.2. En este supuesto, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos del personal al que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese prestando el servicio y tenga la condición de empleadora del personal afectado estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste".

⁶⁷ NORES TORRES, L.E. (2012). *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 75.

⁶⁸ SSTs de 29-2-2000 (Rec. 4949/1998), de 21-10-2004 (Rec. 5075/2003), de 20-12-2005 (Rec. 3076/2005), entre otras muchas.

⁶⁹ NORES TORRES, L.E. (2012). *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 96.

supuesto de sucesión legal de empresas. En tales casos la relación entre la norma legal y la convencional se rige por las previsiones del artículo 3 ET. El convenio colectivo puede mejorar el marco legal en beneficio de los trabajadores, pero no puede reducir los derechos y garantías de éstos por debajo de ese mínimo legal⁷⁰.

También debe matizarse, que una subrogación inicialmente contractual puede haber derivado en una subrogación legal por aplicación del criterio de la sucesión de plantillas, al estar en un sector donde la mano de obra se revela como importante. De modo que para dicho cambio le será de aplicación la normativa sucesoria contemplada en el art. 44 ET, en cuyo caso no sería necesario el consentimiento de los trabajadores para que tuviera lugar el efecto subrogatorio⁷¹.

Como *ejemplo ilustrativo* en una sucesión de contrata pública en la que se superponen las diferentes figuras subrogatorias, podemos analizar la contrata del Servicio de Limpieza de 46 Institutos de Educación Secundaria- IES de la Región de Murcia (Exp. SG/CA/12/16), una contrata que aglutina los institutos a nivel regional con el servicio de limpieza externalizado –privatizado–.

Pues bien, la misma, según informe del órgano de contratación desprendido debido a un recurso de UGT al pliego de condiciones, “*la subrogación del licitador en las relaciones laborales que mantenía el anterior adjudicatario tiene su fundamento en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores*⁷²” de modo que en cuanto a la subrogación del personal adscrito estaríamos ante una subrogación *ex lege*.

Además, el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores de esta contrata, es el de Limpieza de Edificios y Locales de la Región de Murcia⁷³, y el mismo estipula en su art. 16, lo siguiente:

“1. Al término de la concesión de una contrata de limpieza, y finalizado el contrato entre la empresa principal y la contratista, los trabajadores/as de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la

⁷⁰ STSJ CANTABRIA nº 601/2014, de 31-07-2014.

⁷¹ MORENO GENÉ, J. (2003). *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 75.

⁷² Resolución 524/2016 TACRC.

⁷³ BORM nº146, de 26-6-2012

contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Trabajadores/as en activo que presten sus servicios en dicho centro, sea cual fuera la modalidad de su contrato de trabajo, y que estén adscritos al centro de trabajo al menos durante dos meses antes del cese de la contrata.

b) Trabajadores/as que en el momento de cambio de titularidad de la contrata se encuentren en situación de vacaciones, IT, accidentados, en excedencia, siempre y cuando hayan prestado sus servicios en el centro objeto de subrogación con anterioridad a la suspensión de su contrato de trabajo. Los términos de la situación de excedencia deberán acreditarse documentalmente, quedando el nuevo empresario/a subrogado en los mismos.

c) Trabajadores/as que, con contrato de interinidad, sustituyan a alguno de los trabajadores/as mencionados en el apartado anterior.

d) Trabajadores/as de nuevo ingreso que por exigencias del cliente se hayan incorporado al centro como consecuencia de la ampliación de la contrata.

2. Todos los supuestos anteriormente contemplados deberán acreditarse fehacientemente y documentalmente por la empresa saliente a la entrante en el plazo de diez días hábiles, mediante los documentos que se detallan al final de este artículo.

El indicado plazo se contará desde el momento en que la empresa entrante comunique fehacientemente a la saliente, a la Asociación Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Murcia en Cartagena (Edificio COEC, calle Carlos III, núm. 1), a la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza ASPEL (c/ García de Paredes 12, 1-b en Madrid) y a las centrales sindicales firmantes de este Convenio, ser la nueva adjudicataria del servicio. De no cumplir este requisito, la empresa entrante, automáticamente y sin más formalidades, se subrogará en todo el personal que presta sus servicios en el centro de trabajo.

En cualquier caso, el contrato de trabajo entre la empresa saliente y los trabajadores/as sólo se extingue en el momento en que se produzca de derecho la subrogación del mismo a nueva adjudicataria.

3. Si la subrogación de una nueva titular de la contrata implicase que el trabajador/a realizara su jornada en dos centros de trabajo distintos, afectando a uno solo de ellos el cambio de titularidad de la contrata, los titulares de las mismas gestionarán el pluriempleo legal del trabajador/a, así como el disfrute conjunto del período vacacional y del descanso semanal, abonándosele por la empresa saliente la liquidación; no implicará el finiquito si continúa trabajando para la empresa.

4. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento por las partes a las que vincula; la empresa cesante, la nueva adjudicataria y el trabajador/a. No desaparece el carácter vinculante de este artículo en el caso de que la empresa adjudicataria del servicio suspendiese el mismo.

- Documentos a facilitar por la empresa saliente a la entrante:

- Certificado del organismo competente de estar al corriente en el pago de la Seguridad Social.

- Fotocopias de los TC-1 y TC-2 de la cotización a la Seguridad Social de los últimos meses.

- Relación del personal en la que se especifique:

- Nombre y apellidos, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, jornada, horario, modalidad de su contratación, fecha del disfrute de sus vacaciones y si ostentan cargo de representación legal de los trabajadores en el centro que cambia de contrata.

- Copia de los documentos debidamente diligenciados por cada trabajador/a afectado, en la que se haga constar que éste ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna. Esta documentación deberá estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha de inicio del servicio como nueva titular.

- En lo no previsto en el presente artículo se estará a lo dispuesto en esta materia en el artículo 44 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores.

5. En el caso de que el propósito del cliente principal a rescindir el contrato de adjudicación del servicio de limpieza, por cualquier causa, quisiera realizarlo

con personal propio de nueva contratación, quedará obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores/as afectados/as de la empresa de limpieza cuyo contrato fue rescindido.”

Además el citado convenio contiene, en cuanto al mantenimiento de los representantes de los trabajadores, en su art. 37, apdo. 5, lo siguiente:

“Los trabajadores/as que ostenten la condición de representantes legales de los trabajadores en un centro de trabajo, como resultado de las elecciones celebradas en dicho centro, continuarán ostentando dicha condición, en el supuesto de cambio de contrata, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del presente Convenio, cuando la nueva empresa contratista se subrogue en los derechos y obligaciones de los contratos de trabajo de todos los trabajadores/as del referido centro de trabajo.”

Así las cosas, no encontramos que se superpone la figura de la subrogación convencional, por imperativo del convenio colectivo de aplicación.

Si bien, aquí no terminan las imposiciones de subrogación, pues el pliego de prescripciones técnicas que rige la contrata, contiene en sus cláusulas 1, 2 y 3, lo siguiente:

“1. Al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social, de seguridad e higiene en el trabajo y de prevención de riesgos laborales.

2. Al cumplimiento de todo lo previsto en el Convenio Colectivo de trabajo vigente para limpieza de edificios y locales de la Región de Murcia.

3. Al objeto de la subrogación preceptiva se adjunta como Anexo-I a este Pliego de Técnicas, relación de datos de los trabajadores de la actual contratación de limpieza de cada Instituto a fecha de 29 de Febrero de 2016. A estos efectos, y una vez aprobada Orden de adjudicación del contrato, es estará a lo previsto en el artículo 16 del "Convenio Colectivo de trabajo para la limpieza de edificios y locales de la Región de Murcia". En los listados del personal se han omitido los nombres y apellidos de las trabajadoras/es de cada Instituto para guardar la confidencialidad al objeto de cumplir la legislación vigente sobre

protección de datos de carácter personal, de acuerdo a la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal.”

Pues bien, efectuado y teniendo en cuenta que le es de aplicación a los trabajadores de esta contrata de limpieza, en escenarios de transmisión, el art. 44 ET, el art. 16 y 37.5 del Convenio colectivo, y las cláusulas 1, 2 y 3 del pliego de condiciones, estamos ante una subrogación legal, con superposición de la convencional y contractual, y en la que el Convenio colectivo y el pliego de condiciones, solo podrán mejorar los derechos y garantías recogidas en el art. 44 ET.

Si bien, podemos observar de los artículos y cláusulas citadas, y tal como se ha comentado en el presente trabajo más arriba, como es el citado art. 44 ET el que presenta una protección cualificada de los derechos subrogables, con respecto al convenio y el pliego.

3.4 LA TRANSMISIÓN DE LA CONTRATA Y LA CONTINUIDAD DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Especial atención merece el análisis de la figura representativa de los delegados de personal y miembros de comité de empresa, en escenarios de sucesión de contratas públicas, sobre todo teniendo en cuenta que la gran mayoría presenta la mano de obra como elemento primordial. Si por un lado ya hemos examinado los derechos, garantías y funciones aplicadas a los RRTT al ámbito de la contrata, y de otro lado los requisitos, tipología y efectos de los diferentes escenarios subrogatorios, además teniendo en cuenta que en ocasiones el espacio temporal entre sucesión y sucesión es corto, resulta imperante entrar a examinar de que manera y bajo qué circunstancias, se respeta la continuidad del mandato de los representantes de los trabajadores tras la transmisión de empresa en la contrata, en la que se habrá de observar irremediabilmente que tipo de subrogación opera, en cada caso.

Como ya comentáramos en apartados anteriores, el reformado art. 44 ET, aunque consigue superar la tradicional desidia del legislador por esta materia⁷⁴, se limita

⁷⁴ Con anterioridad a la reforma, la doctrina ya había puesto de manifiesto de forma reiterada la tradicional ausencia de previsión alguna respecto a esta materia, no sólo en el art. 44 ET, sino también en el Título II del ET o en la LOLS. Vid. MORENO GENÉ, J. (2003). *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 147.

a establecer que “cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad⁷⁵” .

Del precepto estatutario, parece desprenderse que siempre que concurra y sea de aplicación el mismo, se le dará continuidad al mandato de los representantes de los trabajadores, pero nada más lejos.

En primer lugar, porque para que así sea ha de subsistir la autonomía del centro de trabajo en cuestión, ya que los tribunales vienen sentenciando que de no ser así, la extinción del centro de trabajo produce como efecto propio la de la condición representativa, incluso cuando en la nueva empresa no existe representación alguna⁷⁶. El criterio de que el centro de trabajo conserve su autonomía, viene íntimamente ligado al contexto de que una norma dedicada a regular la materia de representación laboral, debe entenderse en el sentido de que la conservación del mandato representativo requiere que el centro transmitido mantenga su identidad desde el punto de vista de la unidad electoral que dio vida a ese mandato⁷⁷.

En segundo lugar, existe problemática a la hora de abordar una subsistencia de la autonomía del centro de trabajo tras la transmisión, cuando ésta se produce de manera parcial, es decir, cuando se traspasa solo una parte del considerado centro de trabajo, o unidad autónoma independiente. Esta circunstancia, tiene especial trascendencia en el ámbito de las contrata públicas, pues como bien es sabido, es la propia Administración la que estructura, según criterios geográficos, organizativos, etc., la prestación del servicio subcontratado mediante pliegos. De modo que lo que en una licitación pública puede ser considerado un centro de trabajo con autonomía propia, en una licitación posterior podrá no serlo, debido a que puede ser dividido -o subdividido- en varios centros o “lugares de trabajo”, lo que en el lenguaje propio de la licitación, se denomina división en “lotes”, de modo que cada empresario podrá ofertar indistintamente al que estimo oportuno, con el consecuente resultado de que lo que era considerado un “centro de trabajo”, resulte traspasado –adjudicado- a diferentes empresas. En este tipo de

⁷⁵ Apdo. 5 del art. 44 ET.

⁷⁶ Por todas, STSJ Madrid nº 472/2008, de 30-6-2008.

⁷⁷ Jurisprudencia reiterada en STSJ Madrid, de 29-5-2009.

transmisiones parciales en donde el colectivo de empleados representados no sería el idéntico, se ha venido entendiendo que estos representantes carecerían del derecho a conservar sus funciones y de incorporarse al órgano de representación de la nueva empresa, si el cambio al nuevo titular del negocio transmitido conlleva la pérdida de la representatividad sobre quienes los eligieron⁷⁸, en cualquier caso sería conveniente que los representantes de los trabajadores transferidos no perdieran automáticamente su condición⁷⁹, siendo preferible una prolongación provisional de su mandato hasta la celebración de nuevas elecciones⁸⁰.

Por último, también cabe destacar que existe otro criterio jurisprudencial, que vienen a extinguir el mandato representativo de los representantes de los trabajadores, alegando que tras una sucesión empresarial, puede darse que en la empresa entrante exista una doble representación, que además podría superar los límites fijados para la determinación del número de miembros del comité de empresa, regulados en el art. 66 ET⁸¹.

La problemática para determinar la continuidad de los representantes de los trabajadores, en los casos de sucesión de empresa, y por tanto de subrogación legal, está servida. Pero no debemos olvidar, que como ya se comentara anteriormente puede que en la transmisión de la contrata se dé una subrogación convencional – y no legal-, de modo que indudablemente, se deberá de estar a lo que disponga el convenio colectivo de aplicación en cuanto al mantenimiento del cargo representativo tras la subrogación, y que en muchos casos, la negociación colectiva guarda silencio al respecto. Ni que decir tiene, que en los casos de subrogación contractual –solamente- se estará a lo dispuesto a lo recogido en pliegos, siempre que, como ya se dijo anteriormente, no se superponga la figura de subrogación legal y/o convencional.

⁷⁸ MARTIN FLOREZ, L. (2002). “La sucesión de empresa. Reflexiones sobre la significativa y esperada reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista de actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 1-2002, p. 32-33.

⁷⁹ En esta dirección, DEL REY GUANTER, S. (2001). “El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET”. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 61, p. 344, considera que de conformidad con la nueva redacción del art. 44 ET, << la escisión que se produzca a nivel electoral y de órganos de representación por la transmisión de una unidad productiva autónoma que con anterioridad formara parte integral de un centro de trabajo –o empresa unicentro de trabajo- con un órgano de representación conjunto, no es obstáculo para que los representantes de los trabajadores continúen con su mandato>>.

⁸⁰ MORENO GENÉ, J. (2003). *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 150.

⁸¹ STSJ Extremadura de 14-6-2001, así como reiterada jurisprudencia citada en la misma.

En definitiva, aunque el objetivo de la reforma del art. 44 ET, fue la de extender garantías y mejorar la seguridad jurídica, en la actualidad sigue existiendo una elevada problemática a la hora de abordar la aplicación del citado artículo, en lo que respecta a la continuidad del mandato de los representantes de los trabajadores⁸², en la que se habrá de analizar concienzudamente las circunstancias concretas de cada caso, permitiendo de este modo que continúen siendo los tribunales o, en el mejor de los casos, la negociación colectiva, los que de forma casuística vayan resolviendo las concretas cuestiones que se plantean en el devenir cotidiano⁸³.

4. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EMPLEADOR PRINCIPAL. RESPONSABILIDAD EN LA SUBCONTRATACIÓN DEL ART. 42 ET.

Como ya comentáramos al principio, el término contrata viene estrechamente ligado al proceso de subcontratación, debido a una descentralización productiva del empresario principal de su ciclo productivo. De modo que cuando la Administración pública externaliza –o privatiza- un servicio público o parte de él, está subcontratando con un tercero –la empresa privada-, la ejecución del mismo, lo que puede suponer la aplicación de las reglas de responsabilidad recogidas estatutaria y legalmente.

Si bien, muchos son los Órganos de contratación los que se afanan en recoger en los pliegos de condiciones cláusulas expresas en las que la Administración queda exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que se le pudiera exigir por culpa del contratista, pero lo cierto es que la reiterada jurisprudencia del TS no ha puesto obstáculo alguno para aplicar la responsabilidad solidaria del art. 42 ET a cualquier contratación efectuada por empresas públicas, así como las reglas de responsabilidad subsidiaria de los arts. 142 y 168 LGSS.

⁸² En cualquier caso, siempre que este amparado el mantenimiento, tanto por la vía legal, convencional o contractual, por seguridad jurídica es recomendable que en la carta de subrogación se reconozca de forma expresa la condición de RRTT por el nuevo empresario, ya que al causar baja laboral en la empresa saliente, también se causará baja como RRTT en el registro de elecciones sindicales, no siendo el mantenimiento del cargo en la nueva empresa, un hecho inscribible en el mencionado registro de elecciones sindicales.

⁸³ MORENO GENÉ, J. (2003). *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 160.

La multiplicidad de supuestos de subcontratación de obras o servicios origina numerosos conflictos jurídicos para determinar el contenido y alcance de la responsabilidad del empleador principal o comitente por las obligaciones⁸⁴, tanto laborales como de Seguridad Social, que contrae el subcontratista o subcontratistas sucesivos con los trabajadores a su servicio utilizados para la contrata, y que SALINAS MOLINA⁸⁵ ha sabido sintetizar en cuatro grandes niveles de responsabilidad, aunque en lo referente a la contratación pública nos interesan dos, a saber:

1) Cuando el propietario de la obra o industria contrate su realización por razón de una actividad empresarial pero la *obra o servicio contratado no corresponda «a la propia actividad» del empresario principal*. Igual que en el supuesto anterior, se exonera al empresario principal de responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones de Seguridad Social incumplida por el contratista, manteniéndose su responsabilidad subsidiaria (arts.142.1 y 168.1.I LGSS).

2) Cuando el empresario o los empresarios principales «contraten o subcontraten con otros la realización de *obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos*». En estos casos se aplican las reglas de la responsabilidad solidaria (arts. 42.2. II ET, 142.1 y 168.1 LGSS).

Se habrá de estar a las competencias y funciones que desempeñen el órgano administrativo o entidad pública contratante a la hora de determinar si el servicio concertado corresponde o no a la propia actividad prestada. La jurisprudencia del TS ha establecido lo que debe de entenderse por “propia actividad”, según la cual ha de considerarse “*“ actividad inherente” o “absolutamente indispensable” para la actividad de la empresa principal, que traducido a la empresa privada se concreta en las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, en concreto las que son inherentes a la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado excluyendo las tareas “complementarias o no nucleares” y que referido a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa*

⁸⁴ Para el caso que nos ocupa, hemos de entender la Administración como empleador y no como empresario, pues entre sus intereses no está el ánimo de lucro.

⁸⁵ SALINAS MOLINA, F. (2002) “Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”. *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, nº 38, p. 205.

función (tesis del ciclo productivo o de las actividades inherentes aplicada al sector público)⁸⁶”.

Así pues, la contratación de un servicio de vigilancia y seguridad por el órgano de gobierno de una CCAA, no se corresponde a su propia actividad (STS 18-01-95). En este caso la Administración será responsable subsidiaria (art. 142 y 168 LGSS).

El servicio de comedor y cafetería de un Colegio mayor (STS 24-11-98), o el servicio de transporte sanitario terrestre de un Servicio de Salud autonómico (STS 23-01-2008), son casos integrados en el concepto de “propia actividad” previsto en el art. 42.2 ET con las consecuencias de responsabilidad solidaria que en él se establece para las deudas salariales contraídas por la empresa contratada con sus trabajadores.

La jurisprudencia no deja dudas sobre la aplicabilidad del art. 42 ET en la subcontratación pública en la Administración como empleador principal, pero como ya ocurre habitualmente en el sector de la construcción, puede ocurrir que en una contrata haya más de un nivel de subcontratación. Esto, sin lugar a dudas, vendrá determinado por los pliegos de condiciones que rijan cada contrata, de modo que la empresa subcontratista –o concesionaria-, podrá estar facultada, para que a su vez, subcontrate el servicio, o parte de él, a una empresa diferente. De este modo, en aplicabilidad de las reglas de subcontratación, existirá un régimen de responsabilidad entre la Administración, el contratista de primer nivel, y el contratista de segundo nivel, y en atención a si el servicio subcontratado es el propio de la actividad, dicha responsabilidad será solidaria o subsidiaria.

Si bien, la jurisdicción social es la competente para declarar la existencia sucesión de empresas o subcontratación, así como para resolver las controversias sobre las posibles deudas tras las transmisión de la contrata, es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para resolver la existencia o inexistencia de sucesión de empresas del art. 44 ET a los efectos de declarar la derivación de responsabilidad de cuotas de Seguridad Social a las empresas entrantes⁸⁷.

⁸⁶ Por todas, STS de 23-01-2008 (Rec. 33/2007).

⁸⁷ MADRIGAL ESTEBAN, M. (2015). “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”. AA.VV. *Revista de actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 40-2015, p. 42.

Por último, en lo que respecta a la operatividad del art. 42 ET en relación a los RRTT en las contrata, cabe destacar que también le es de aplicación las obligaciones que el citado precepto impone en relación a los derechos de información y coordinación entre las instituciones representativas del empresario principal –Administración- y subcontratista –empresa concesionaria-. Si bien, no es práctica habitual en este tipo de contrata de servicios la puesta en contacto entre los representantes de la Administración y empresa, bien porque no existen riesgos latentes en los centros de trabajo que potencien dicha relación, como si ocurre en el sector de la construcción, sobre todo en lo que respecta en la evaluación y coordinación de riesgos, y porque lo pretendido por la Administración en su decisión de externalizar –privatizar-, es quedar exonerada de cualquier tipo de cuestión y problemática que tenga que ver con las relaciones de la empresa contratista y de los trabajadores a su cargo.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA: Las funciones y competencias que el ordenamiento jurídico otorga a los representantes de los trabajadores, determinan el poder para ejercer la defensa de los intereses de los trabajadores frente al empresario, y que en el ámbito de la contrata pública, se tornan, si cabe, más importantes en el sentido de ejercer las funciones de control y seguimiento de la licitación pública frente la Administración, la cual regirá las circunstancias y condiciones futuras de la contrata ante un eventual cambio de empresario, como resultado de la transmisión de la misma.

SEGUNDA: La reforma y ampliación del art. 44 ET, no ha servido para solucionar la problemática planteada a la hora de identificar cuando una transmisión o cambio de empresario, resulta ser un verdadero escenario de sucesión de empresa, existiendo omisiones en la norma, que siguen dejando en manos de los tribunales la determinación de la operatividad del citado precepto. Máxime si tenemos en cuenta el ámbito de la contrata pública de servicios, donde la inexistencia de transmisión de elementos patrimoniales, dificulta aún más la aplicabilidad de este tipo de subrogación legal. Esta problemática a la hora de aplicar el precepto estatutario, evidencia la parca regulación existente para este tipo de sucesiones de empresa en contrata, haciendo latente la necesidad de que el legislador abunde en su ordenación, máxime si tenemos en cuenta la tremenda evolución al alza de los último años, de trabajadores sometidos a este tipo de trabajo descentralizado –o privatizado- en la Administración pública.

TERCERA: La subrogación impuesta por ley, recogida en el art. 44 ET, resulta más proteccionista en cuanto al mantenimiento de los derechos de los trabajadores transferidos en la contrata a la nueva empresa, lo que supone una protección cualificada y garantista de los mismos, frente a otras figuras subrogatorias que puedan darse en la sucesión de contratas, en la que expresamente estipula el respecto a condiciones y derechos de Seguridad Social, protección social complementaria, continuidad del mandato de los RRTT, responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, derechos de información de los RRTT, etc.

CUARTA: En cuanto a la subrogación convencional, podemos pensar que la propia naturaleza de los convenios colectivos es la de mejorar las disposiciones mínimas de derecho necesario contenidas en el ET, así como ordenar aspectos laborales en los que la normativa establece un margen previsto para ello, pero por paradójico que pueda resultar, la subrogación convencional presenta unos efectos subrogatorios más limitados, de modo que suele resultar menos garantista en mantenimiento de los derechos de los trabajadores, que la subrogación legal, con la incertidumbre que supone dejar en manos del convenio colectivo de turno, el devenir de los derechos y garantías que protegen al trabajador en escenarios de subrogación convencional.

QUINTA: En la subrogación contractual, aunque suponga una obligación de asumir a los trabajadores al contratista entrante, los pormenores de la misma, siempre que no se superponga otro tipo de subrogación legal o convencional, implican el carácter voluntario para la subrogación de los trabajadores afectados, y sobre todo la sujeción a los términos subrogatorios recogidos en el clausulado del pliego de condiciones, lo que en ocasiones puede dificultar la interpretación, en cuanto a los derechos traspasables, con el perjuicio para los trabajadores, de que puedan producirse novaciones contractuales en determinadas condiciones de trabajo de los mismos.

SEXTA: La continuidad y mantenimiento de los representantes de los trabajadores tras la transmisión de la contrata pública, supone una problemática manifiesta, que la reforma del art. 44 ET no ha logrado solventar, en donde la divergente casuística de cada caso, condena a que sea un tribunal el que determine el mantenimiento de los representantes de los trabajadores en la nueva empresa. Máxime, sino opera otro tipo de subrogación diferente a la legal, ya que en su caso, se deberá de estar a lo que convencional o contractualmente, le sea de aplicación. Eso sí, el nuevo empresario

podrá reconocer, expresa o tácitamente, el derecho de representatividad del trabajador subrogado, de modo que en tal caso, podría seguir ejerciendo las funciones que le son inherentes y hasta la conclusión de su mandato.

SÉPTIMA: La jurisprudencia reiterada ha determinado que las reglas y normas de subcontratación estipuladas en el art. 42 ET, son de aplicación a la contratación pública, de modo que la Administración contratante responde como empleador principal, conforme a los arts. 42 ET, 142 LGSS y 168 LGSS, ya sea por la subcontratación de la “propia actividad” o complementaria, respondiendo de las deudas del contratista de manera solidaria o subsidiaria, en función del tipo de actividad concertada. La aplicación de las normas de responsabilidad solidaria y subsidiaria, supone una acertada contrapesa, frente al omnipotente poder económico y organizativo ejercido por la Administración, con respecto a los trabajadores que prestan servicio a la misma, bajo la figura de la contrata pública.

6. BIBLIOGRAFÍA

- COLLADO GARCÍA, L. (2015). *La Representación de los Trabajadores en la empresa*. Ed. Bomarzo, Albacete.
- DEL REY GUANTER, S. (2001). “El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET”. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 61.
- DESDENTADO BONETE, A. (2002). “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”. *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, nº 38
- MADRIGAL ESTEBAN, M. (2015). “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”. AA.VV. *Revista de actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 40-2015.
- MARTIN FLOREZ, L. (2002). “La sucesión de empresa. Reflexiones sobre la significativa y esperada reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista de actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 1-2002.

- MONTOYA MELGAR, A. (2003). *Derecho del trabajo. 24ª edición*. Ed. Tecnos, Madrid
- MORENO GENÉ, J. (2003). *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- NORES TORRES, L.E. (2012). *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- PEDROSA GONZÁLEZ, J. (2008). *Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas*. Ed. Bomarzo, Albacete.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (2004). *Las garantías de los Representantes de los Trabajadores (estudio del Artículo 68 ET)*. Ed. Aranzadi, Pamplona.