

COLECCIÓN
CUESTIONES ACTUALES DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS

María del Rosario Ubero Cabral



eBook en www.colex.es



COLECCIÓN

CUESTIONES ACTUALES

DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Directoras:

M.ª ELISA CUADROS GARRIDO

*Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

BELÉN GARCÍA ROMERO

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Murcia

ALEJANDRA SELMA PENALVA

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

Consejo editorial:

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo

ALBERTO CÁMARA BOTÍA

Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia

BELÉN CARDONA RUBERT

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid

M.ª ELISA CUADROS GARRIDO

Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia

JOAQUÍN DÓLERA LÓPEZ

Abogado laboralista

ÁNGEL ESPIELLA MENÉNDEZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo

FABRIZIO FERRARO

Ricercatore a tempo determinato di diritto del lavoro presso il Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli studi di Roma Sapienza

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Profesor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Oberta Catalunya

ANDREA FRANCONI

Universidad de Buenos Aires, Argentina

BELÉN GARCÍA ROMERO

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia

JUAN GIL PLANA

Profesor Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense y Magistrado Suplente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

NURIA GARRIDO CUENCA

Catedrática Derecho Administrativo, Universidad de Castilla La Mancha

NURIA PAULINA GARCÍA PIÑERO

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense

M.ª CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO

Catedrática Derecho Civil, Universidad de Castilla La Mancha

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra

JULEN LLORENS ESPADA

Profesor Contratado doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra

MARÍA INMACULADA MARÍN ALONSO

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

MIRENTXU MARÍN MALO

Profesora ayudante doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra

DOMENICO MEZZACAPO

*Professore ordinario di Diritto del lavoro, Sapienza
Università di Roma. Presidente della Commissione
di certificazione dei contratti di lavoro*

GRATIELA FLORENTINA MORARU

*Profesora ayudante doctora Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha*

PILAR ORTIZ GARCÍA

Profesora Titular de Sociología, Universidad de Murcia

M.ª MAGNOLIA PARDO LÓPEZ

*Profesora Titular Derecho Administrativo,
Universidad de Murcia*

ANA ISABEL PÉREZ CAMPOS

*Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos*

JESÚS RENTERO JOVER

*Magistrado jubilado de la Sala de lo Social del
Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha*

BEATRIZ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO

*Profesora titular Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra*

MARÍA JOSÉ ROMERO RODENAS

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social, Universidad de Castilla La Mancha*

MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil,
Universidad de Murcia*

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social de la Universidad de Murcia y Directora de la
Unidad de Igualdad de la Universidad de Murcia*

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

*Profesora asociada Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha*

ALEJANDRA SELMA PENALVA

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Murcia*

EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI

*Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia*

COLECCIÓN
CUESTIONES ACTUALES
DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS

María del Rosario Ubero Cabral

COLEX 2023

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© María del Rosario Ubero Cabral

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)

A Coruña, C.P. 15004

info@colex.es

www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-812-3

Depósito legal: C 431-2023

SUMARIO

ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	19
INTRODUCCIÓN	23

CAPÍTULO PRIMERO. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE

I. Consideraciones generales	25
II. La incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública	27
1. Introducción	27
2. Las cláusulas sociales en materia de empleo	32
2.1. Consideraciones generales.	32
2.2. La promoción del empleo de trabajadores con discapacidad y otros colectivos.	42
2.3. La perspectiva de género en la contratación pública	60

CAPÍTULO SEGUNDO. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A TRAVÉS DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

I. Aspectos generales	71
II. Consideraciones en torno al art. 42 del ET.	83
1. El negocio jurídico en que consiste la contrata o subcontrata	83
2. Las debilidades del sistema	87
2.1. El convenio colectivo de aplicación	87
a) Reflexiones generales	87
b) Administración pública y convenio colectivo aplicable. Algunas disfuncionalidades	96
2.2. La idea de un trabajador y dos empresas. El agravio comparativo externo e interno entre trabajadores de la empresa principal y la contratista	114

SUMARIO

III. La subcontratación en el ámbito del sector público	122
1. Restricciones a la subcontratación en el ámbito de la contratación pública. 122	
1.1. Prohibición de su exigencia y de su imposición y de limitaciones porcentuales.	123
1.2. Limitación en la cadena de subcontratación.	127
2. Las facultades de control por parte del órgano de contratación.	132
3. El régimen de pagos al subcontratista	138
3.1. El control de la Administración sobre el contratista en materia de pagos al subcontratista.	138
3.2. Las distintas posibilidades de cobro del subcontratista al margen del pago efectuado por el contratista	141
IV. La responsabilidad de la Administración pública frente a los trabajadores de la contratista o subcontratista	150
1. El concepto de propia actividad	150
2. Alcance de la responsabilidad solidaria	156
2.1. La responsabilidad solidaria del art. 42 ET. El reparto interno entre codeudores	157
2.2. El litisconsorcio pasivo necesario	164
2.3. Mecanismo resarcitorio a favor de la Administración pública	166
3. Medidas preventivas y de control en materia de obligaciones tributarias y de seguridad social.	169
3.1. La responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social	169
a) La responsabilidad por deudas del contratista o subcontratista anteriores a la contrata o subcontrata. Art. 42, apartados 1 y 2 ET. . 169	
b) La responsabilidad por deudas del contratista o subcontratista surgidas durante el período de ejecución de la contrata. Art. 42.2 ET y 168.1 TRLGSS. Contenido de las obligaciones de las que debe responder la Administración pública	173
c) El recargo de prestaciones económicas con motivo de un accidente laboral o enfermedad profesional.	179
3.2. La obligación del contratista de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social . 188	
a) El certificado de no tener deudas tributarias y con la Seguridad Social	190
b) La prohibición de contratar por incumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.	198
4. Medidas preventivas y de control en el pago de las retribuciones salariales . . 206	
4.1. Conceptos que integran la responsabilidad solidaria por deudas de naturaleza salarial	207
a) Percepciones salariales y extrasalariales.	208
b) Los salarios de tramitación y la indemnización por despido o por finalización de contratos temporales	210
4.2. La obligación del contratista de abonar las retribuciones salariales a los trabajadores destinados a la contrata	217
a) La imposición de penalidades.	217
b) La resolución del contrato	218

5. La aplicación del art. 130.6 LCSP a los supuestos de impago de salarios y cotizaciones a la Seguridad Social del contratista	220
---	-----

CAPÍTULO TERCERO. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES

I. La subrogación legal de trabajadores	227
1. Introducción	227
2. La reversión en un proceso de reorganización administrativa como supuesto excluido de la aplicación de la Directiva 2001/23/CE.	240
3. La reducción de la contrata y su incidencia en el mantenimiento del empleo o en las condiciones de trabajo.	244
4. La reversión del servicio a su titular cuando éste es una Administración pública y la obligación de subrogación impuesta por norma legal.	249
4.1. Introducción	249
4.2. Los efectos y consecuencias de la reversión de la actividad objeto de contrata	254
4.3. La continuidad de la actividad revertida. Naturaleza jurídica de los contratos de los trabajadores subrogados y estatuto jurídico	263
4.4. Voluntariedad <i>versus</i> capacidad de reanudación del servicio	286
4.5. La responsabilidad solidaria por obligaciones laborales y de Seguridad Social nacidas con anterioridad al proceso de reversión	288
4.6. Estatuto jurídico aplicable	295
II. La subrogación convencional de trabajadores.	302
1. Introducción	302
2. La aplicación de la cláusula subrogatoria convencional a la Administración pública.	312
3. La reversión del servicio a su titular cuando este es una Administración pública y la obligación de subrogación convencional	319
3.1. La reversión como obligación impuesta por convenio colectivo.	319
3.2. La reversión como obligación impuesta por acuerdo de negociación colectiva de eficacia general	327
III. La subrogación contractual de trabajadores	331
1. Introducción	331
2. Información sobre las condiciones de los contratos de trabajo de los trabajadores a subrogar y la obligación de subrogación.	336
2.1. Interpretación del art. 120 TRLCSP como antecedente de la subrogación de trabajadores y, en especial, de la subrogación contractual	336
a) La obligación de solicitar y recabar la información por la Administración y la obligación del contratista de facilitarla.	336

SUMARIO

b) La imposición de la subrogación por la Administración y la obligación de la empresa entrante de subrogarse en los trabajadores de la empresa saliente.	340
c) La doctrina jurisprudencial en torno a la subrogación contractual de trabajadores	344
2.2. El art. 130 LCSP, ¿heredero del art. 120 TRLCSP?	350
a) Obligación de información: alcance y contenido	350
b) Protección de datos	353
c) Penalidades	355
3. La subrogación contractual de trabajadores en la LCSP: ¿es un supuesto de cláusula social?	358
3.1. Los distintos preceptos de la LCSP en los que se ampara la subrogación contractual de trabajadores.	358
3.2. Los diversos instrumentos en los que se acuerda la subrogación de trabajadores como medida de política social	369
3.3. Instrumentos de defensa ante la falta de información en el pliego de cláusulas administrativas de las condiciones de subrogación en contratos de trabajo	374
a) En el ámbito administrativo	374
b) En el ámbito laboral	379
BIBLIOGRAFÍA.	381

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AGE	Administración General del Estado
AN	Audiencia Nacional
apdo.	apartado
apdos.	apartados
art.	artículo
arts.	artículos
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CCivil	Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCAPD	Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio)
CCC	Convenio colectivo del sector de la construcción
CCCC	Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing)
CCCP	Comisión Consultiva de Contratación Pública
CCEAA	Convenio colectivo estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia
CCEJ	Convenio colectivo del sector de la jardinería
CCES	Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad
CCIDG	Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios
CCIS	Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017
CCLEL	Convenio colectivo sectorial de limpiezas de edificios y locales
CCOEAS	Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural

ABREVIATURAS

CCPD	Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad
CCRJPM	Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores
CCSPLV	Convenio colectivo del Sector de Saneamiento Público, Limpieza Vía, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado
Cdo.	Considerando
CE	Constitución Española de 1978
CEE	Centro especial de empleo
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
Coord.	Coordinador
CP	Ley Orgánica 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
CPSR	Contratación pública socialmente responsable
CTBG	Consejo de Transparencia y Buen Gobierno
DA	Disposición Adicional
DEUC	Documento Europeo Único de Contratación
DF	Disposición Final
Dir.	Director
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DT	Disposición Transitoria
EELL	Entidades locales
EI	Empresa de inserción
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresas de trabajo temporal
FD	Fundamento de Derecho
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
JCCAE	Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
JCCPE	Junta Consulta de Contratación Pública del Estado
JM	Juzgado de lo Mercantil
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local

ABREVIATURAS

LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguros
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas
LCE	Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado
LCPN	Ley 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra
LCSP	2007Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LCE	Decreto 923/1996, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado
LCSP	Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 23 de febrero de 2014
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEBEP	Ley 7/2007, de 2 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LGS	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones
LIIT	Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y no discriminación
LMESM	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LMLMC	Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación
LOEPSF	Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LOIMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPDCP	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LPDPGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales
LPGE	Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017

ABREVIATURAS

LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local
LRJA-PyPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LSSC	Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción
LTAIPBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
OIRESCON	Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
p.	página
pp.	páginas
PANAP	Poder adjudicador no Administración Pública
PCAP	Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares
PCSP	Plataforma de Contratación del Sector Público
pymes	Pequeñas y medianas empresas
RD 171/2004	Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales
RDL	Real Decreto Ley
RDL 32/2021	Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
Rec.	Recurso
RLT	Representación legal de los trabajadores.
RLCAP	Real Decreto Legislativo 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
ROLECSP	Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público
RPT	Relación de puestos de trabajo
RSC	Responsabilidad Social Corporativa

ABREVIATURAS

ss.	siguientes
SJCA	Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STG	Sentencia Tribunal General
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TACP	Tribunal Administrativo de Contratación Pública
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TARC	Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales
TC	Tribunal Constitucional
TCCSP	Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TG	Tribunal General
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos Públicos
TRLEBP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
TRLGPD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social
TRLGSS	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
TRLISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht
UE	Unión Europea
UTE	Unión temporal de empresas

PRÓLOGO

Una mirada al pasado nos descubre que en fechas muy remotas ya se producía una atención a la salvaguarda de los derechos de los trabajadores insertos en fenómenos de externalización de servicios públicos. En efecto, el Real Decreto de 15 de febrero de 1901, entre otros aspectos, contemplaba la obligación tanto de la empresa como del trabajador de preavisar el cese en el trabajo o el Real Decreto de 20 de junio de 1902 en el que se indicaba que, en toda concesión de obra pública, en el contrato entre el obrero y el concesionario debía estipularse su duración, los requisitos para su denuncia o suspensión, el número de horas de trabajo y el precio del jornal.

Desde aquellas normas a la actualidad la atención del legislador por las condiciones de trabajo de quien presta sus servicios en el ámbito de la prestaciones públicas externalizadas ha sido una constante que ha adquirido una notable importancia desde hace varias décadas. La externalización de servicios ha constituido un fenómeno en expansión bajo diferentes fórmulas. Una de ellas, sin duda, ha sido la concertación de contrata y subcontratas de obras y servicios determinados, cuya problemática en el orden social ha sido inacabable (contratos vinculados, régimen de responsabilidad, límites con la cesión ilegal, obligaciones de subrogación y sucesión de empresa, etc). Todos estos problemas se acrecientan cuando la empresa principal es la Administración Pública, en la medida en que, junto a la legislación laboral, han de tenerse en cuenta los principios y normas del ordenamiento administrativo. En los últimos años, además, las cuestiones problemáticas en torno a este tema se han incrementado por diversos motivos: entre ellos, la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con todos los interrogantes que plantea; también, los cambios jurisprudenciales habidos en distintos aspectos involucrados en la materia, algunos de ellos derivados de la aplicación de la normativa comunitaria y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y además, a ello se une el incremento habido en el último período de supuestos en que las Administraciones deciden recuperar la prestación directa de servicios propios hasta entonces externalizados.

El ensayo que tenemos el honor de prologar versa sobre un tema —los mecanismos de garantía de los derechos de los trabajadores ante la externalización de servicios públicos— que si bien no es novedoso estaba huérano de un tratamiento unitario y homogéneo al que la autora ha tratado de poner remedio. El valor e importancia de este ensayo reside, por un lado, que frente a trabajos que efectúan análisis parcelados de alguno de los puntos conflictivos, este ensayo busca ofrecer una panorámica conjunta y completa de todas las cuestiones controvertidas en la materia, y además, lo hace a partir de criterios normativos y jurisprudenciales actualizados, contribuyendo así a clarificar la situación a la vista de los comentados cambios recientes habidos en este terreno. Por otro lado, de cómo afronta su autora este tratamiento unitario que no ha sido otro que ir de lo descriptivo y general para descender a lo particular, intentando dar respuesta a los muchos problemas prácticos que en la actualidad genera la descentralización productiva por parte de los entes públicos, con la dificultad añadida que comporta manejar no sólo el ordenamiento y criterios judiciales laborales, sino también los administrativos, e incluso en ocasiones los relativos a la legislación civil y fiscal.

El trabajo está estructurado en tres partes diferenciadas, pero íntimamente conectadas para el objetivo general. En un primer capítulo se aborda la integración de las cláusulas sociales en la contratación pública con la finalidad, como nos advierte la autora, de influir en el mercado, incentivando a las empresas a desarrollar una gestión de cooperación y solidaridad con el entorno social en el que se desarrollan garantizando que la contratación pública sirva los intereses generales y que éstos sirvan, a su vez, a la ciudadanía. A pesar de la obligación de su incorporación y de su calificación como «aspectos positivos» en los procedimientos de contratación pública, se evidencia por la autora algunas limitaciones en su alcance atendiendo, por un lado, a la necesaria conexión que se exige con el objeto del contrato y a la interpretación restrictiva que vienen realizando los distintos operadores jurídicos y, por otro, con el inadecuado o escaso control que el órgano de contratación realiza en fase de ejecución o al término del contrato.

En el segundo capítulo se aborda el estudio de la dimensión interna del proceso de descentralización productiva de las Administraciones Públicas y si el art. 42 ET, relativo a las contrata y subcontratas, resultándole de aplicación, dada su condición de empresario principal, plantea alguna particularidad o no frente a la contrata privada en cuanto a su alcance y efectos. Se ofrece al lector un análisis de cómo inciden el conjunto de previsiones contenidas en el artículo 42 del ET en las prestaciones laborales que se producen en contextos de externalización de servicios, evidenciando la autora, tras un minucioso análisis, que la garantía de los derechos de los trabajadores de las contrata y subcontratas, cuando la Administración Pública actúa como empresario principal, no representa ninguna ventaja adicional, al no alcanzar a las de su empresario.

En el tercer capítulo se ofrece un estudio detallado del fenómeno de la subrogación de trabajadores en su tripe dimensión —legal, convencional y contractual—, donde la autora confronta la normativa laboral con la normativa en materia de contratación pública, buscando encontrar un punto de encuentro entre ambas para intentar ofrecer respuestas coherentes a los problemas que se plantean. Es de notable interés el exhaustivo análisis doctrinal y jurisprudencial que se hace del artículo 130 de la LCSP y su operatividad puesto en conexión con el artículo 44 del ET y con las cláusulas convencionales. La autora evidencia una serie de problemas a los que da su propia respuesta jurídica que se podrá o no compartir pero que indudablemente nos parece que está razonada en Derecho, para lo cual acude tanto a las fuentes usadas normalmente por los iuslaboralistas como a resoluciones más propias de otras áreas de conocimiento, como zona las resoluciones de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa o de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

En torno a estos tres capítulos, la autora realiza un análisis global y completo de la actual situación normativa, con especial atención a los principales puntos de controversia que plantea, respecto a los que da cuenta de la respuesta jurisprudencial y de las distintas posturas mantenidas por la doctrina científica, explicitando su valoración y opinión personal sobre buena parte de las cuestiones abordadas, y asimismo, con relación a algunas previsiones, formulando propuestas de lege ferenda de cara a su futura revisión, que, con independencia de que se compartan o no, algunas de ellas resultan novedosas, y en todo caso, se hallan fundamentadas y basadas por lo general en razonamientos pragmáticos, realizados desde la óptica que ofrece el conocimiento de los problemas reales que en el día a día se plantean a las distintas partes implicadas —Administraciones, empresas y trabajadores—.

Tiene ante sí el lector un ensayo jurídico serio y riguroso sobre una materia no siempre fácil de comprender, en el que encontrará opiniones y soluciones que invitan a la reflexión con el objetivo de alcanzar una eficaz protección de los derechos de los trabajadores en contextos de externalización de servicios públicos.

Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Juan Gil Plana

INTRODUCCIÓN

La descentralización productiva es el resultado de la decisión administrativa de encomendar a terceros determinadas competencias o partes de las mismas que le están legalmente atribuidas a la Administración Pública sin perder su titularidad y a la que le resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 28 de febrero de 2014 (LCSP).

La externalización operada desde la Administración Pública es una constante, ya que por sí misma no puede dar respuesta, ni a todas sus necesidades, ni a todas las actuaciones derivadas de las facultades o competencias que tiene atribuidas, de ahí la importancia de contratar con empresas que cuenten con la debida capacidad y solvencia y que van a coadyuvar al cumplimiento de sus objetivos estratégicos, esenciales o básicos y a los que, en definitiva, tiene que atender eficaz y eficientemente.

El objetivo principal es analizar la situación de los trabajadores de las empresas contratistas y/o subcontratistas en sus relaciones con la Administración Pública y cómo el fenómeno de la descentralización afecta a sus condiciones laborales. El análisis se realizará bajo la idea, no sólo de la condición de empresario principal que se le atribuye a la Administración, sino también a su condición de empresario plural, al estar concernido junto con el contratista.

Para ello, se analizarán los diversos instrumentos jurídicos vinculados a la descentralización -como son la contrata, la subcontrata y la sucesión empresarial-, con la finalidad de conocer qué requisitos hay que cumplir para que resulten de aplicación determinadas previsiones legales, convencionales o contractuales, qué respuesta ofrece el ordenamiento jurídico y qué elementos deberían de modificarse o adaptarse para otorgar una más adecuada protección a este colectivo de trabajadores.

La normativa laboral y la de contratación pública afrontan de consuno el reto de dar respuesta a la garantía de los derechos de los trabajadores de estas terceras empresas o empresas auxiliares, ya que la detección de desigualdades entre colectivos de trabajadores —entre trabajadores de la contratista y entre éstos y los empleados públicos—, obliga a realizar propuestas para una mejor y eficiente protección, al considerarse aliados de este proceso.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE

I. Consideraciones generales

La contratación pública socialmente responsable (CPSR) alude a las «operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas, a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea y las Directivas de contratación. Las contrataciones públicas socialmente responsables pueden ser una herramienta muy eficaz para avanzar en el desarrollo sostenible y para alcanzar los objetivos sociales de la UE y los Estados miembros»¹.

1 Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas. Comisión Europea, octubre de 2010. SEC (2010) 1258 final, p. 7. En su segunda edición (Bruselas, 26.5.2021. C (2021) 3573 final), se indica que la CPSR «consiste en lograr resultados sociales positivos en los contratos públicos», p. 6, «tiene por objeto abordar la repercusión que los bienes, servicios y obras adquiridos por el sector público tienen en la sociedad», p. 8 y «ayuda a las autoridades públicas a proporcionar servicios y productos de calidad a sus comunidades para obtener beneficios sociales y éticos adicionales aun cuando el presupuesto es limitado, por lo que puede contribuir a contrarrestar las consecuencias negativas de la crisis de la COVID-19», p. 9. Según el Informe trienal relativo a la contratación pública en España en 2018, 2019 y 2020, la CPSR es «aquella que tiene en cuenta una o varias consideraciones de orden social para promover objetivos sociales. Este tipo de contratación abarca un amplio espectro de consideraciones de orden social, como, por ejemplo, las relativas a oportunidades de empleo, condiciones de trabajo dignas, garantía de cumplimiento de derechos sociales y laborales, inclusión social, igualdad de oportunidades y accesibilidad». Véase: trienal2021.pdf (hacienda.gob.es).

El objetivo de la CPSR es servir de ejemplo e influir en el mercado incentivando a las empresas a desarrollar una gestión de cooperación y solidaridad con el entorno social en el que se desarrollan, garantizando que la contratación pública sirva los intereses generales y que éstos estén al servicio de la ciudadanía².

Las consideraciones sociales, al ubicarse en las distintas fases del procedimiento de licitación, no sólo afectan a los licitadores, ya que pueden incorporarse como criterios de adjudicación, sino también al que finalmente resulte adjudicatario, mediante su incorporación como condiciones especiales de ejecución. El resultado del cumplimiento de estos compromisos revertirá de manera directa en el objeto del contrato y de manera transversal en el conjunto de la sociedad, que no se conformará con el cumplimiento estricto de la legalidad, sino que podrá exigir comportamientos voluntarios más activos³. Por eso, la contratación pública se convierte en estratégica, ya que persigue objetivos adicionales a los propios de la compra pública⁴.

Los valores que integran la CPSR deben aludir, no sólo a los aspectos medioambientales o sociales mencionados, sino también a los aspectos morales y éticos, de ahí que comprenda, tanto a las cláusulas sociales, como

MEDINA ARNÁIZ, T. «Comercio justo y contratación pública», en PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.) *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2013, p. 254, quien aporta otra definición de compra pública social como aquella que tiene por «objeto incorporar las inquietudes sociales en los procedimientos de adjudicación de un contrato público al tomar en consideración aspectos como la lucha contra el desempleo, la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la reserva de contratos a Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo».

- 2 LÓPEZ-VEIGA BREA, J. «Los criterios éticos y sociales en la contratación pública: referencias al tratamiento de la discapacidad en el vigente Texto Refundido y en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público», en GIMENO FELIU, J. M. (Dir.) *Observatorio de los Contratos Públicos*, 2015. Aranzadi, 2016, p. 410.
- 3 MELIÁN CHINEA, L. M.^a «La descentralización productiva en el sector público: la inclusión de cláusulas sociales en la contratación administrativa». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 447, p. 85 al señalar que «la compra pública responsable no puede concebirse como una política residual, sino como una política sustancial por los efectos que puede generar en nuestra sociedad».
- 4 La contratación pública estratégica socialmente responsable «hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del sector público estatal contratan obras, suministros o servicios o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del contrato resultante de este procedimiento, criterios sociales de acuerdo» con lo dispuesto en la LCSP (Apartado Tercero de la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014).

a los comportamientos responsables mediante la eliminación de las conductas reprobables, cuya vulneración deslegitiman el ámbito de la contratación pública. A esta situación pretende dar respuesta el principio de integridad y que se ha incorporado al art. 1.1 LCSP.

La contratación pública, en continua evolución, empieza a perfilar otra denominación que incorporando los estándares de la definición de CPSR, añade otro elemento, su forma o formato, mediante la denominada Contratación Pública Avanzada, que alude a la herramienta de contratación que ha de ser utilizada por sus gestores para ejecutar políticas públicas sociales, medioambientales o de innovación, que es transparente en su forma y en su fondo y que utiliza el formato electrónico a lo largo de todo el expediente de contratación⁵. Este segundo elemento que incorporamos a la definición de CPSR, realmente es la base de los sistemas de racionalización de la contratación pública y es lo que ha provocado que a partir de la entrada en vigor de la LCSP hablemos íntegramente de contratación electrónica.

II. La incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública

1. Introducción

Si bien fue la Directiva 2004/18/CE la que por primera vez estableció la posibilidad de vincular la contratación pública con aspectos sociales, no es menos cierto que ya se percibía una especial sensibilidad en esta materia, fruto de la cual se había aprobado el 15 de octubre de 2001, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos⁶, cuyo objetivo era lograr «una interacción positiva y dinámica entre medidas económicas, de empleo y sociales» de apoyo mutuo.

En esta primera etapa, los aspectos sociales comportaban la exigencia de cumplimiento de las normas nacionales en el ámbito social —incluyendo los derechos de los trabajadores y sus condiciones de trabajo—, de modo que dicha exigencia vinculaba a los poderes adjudicadores que quedaban legitimados para excluir del procedimiento de contratación a aquellos operadores económicos que incumplieran dichas obligaciones sociales, siendo cada Estado miembro el que determinaba qué tipo de incumplimiento era merecedor de la exclusión.

5 YÁÑEZ SÁNCHEZ, G. «Contratación Pública avanzada 2.0», en Gimeno Feliu, J.M. (Dir.) *Observatorio de los Contratos Públicos*, 2015. Aranzadi, 2016, p. 471.

6 COM (2001) 566 final. Su antecedente es la Comunicación de la Comisión Europea sobre «La contratación pública en la Unión Europea. COM (98) 143, Bruselas, de 11 de marzo de 1998.

LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS

La Administración Pública puede gestionar sus competencias de forma directa o indirecta, siendo libre de determinar su modelo de gestión. No obstante, hay determinadas competencias que resultan indelegables y, por tanto, ciertos límites que la obligan a contar con sus propios medios para su ejercicio. El resto, se podrán encomendar a terceros, lo que le permitirá disponer de recursos humanos y materiales ajenos que serán puestos a su disposición por las empresas contratistas o subcontratistas.

La incidencia que la contrata o subcontrata pública ejerce sobre el tejido productivo y su repercusión en el mercado, explica la fuerte influencia que ejerce la normativa comunitaria como mecanismo que contribuye a hacer efectiva la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales.

La obra se estructura en tres capítulos en los que se analizan, desde distintas perspectivas —la contratación pública socialmente responsable, la contrata y subcontrata y la sucesión legal, convencional y contractual—, los derechos de los trabajadores de las contrata y subcontratas, siendo de especial interés, el análisis de la subrogación de trabajadores por norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general y si estos mismos instrumentos resultan de aplicación en caso de reversión.



MARÍA DEL ROSARIO UBERO CABRAL

Es doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y abogada ejerciente por el Ilre. Colegio de Abogados de Madrid; Máster en Recursos Humanos y Cambio Organizacional por la Universidad Europea Miguel de Cervantes y Máster MBA en Dirección y Administración de Empresas por el Instituto Europeo de Estudios Empresariales. Ha desarrollado su actividad profesional como abogada, tanto por cuenta propia, como por cuenta ajena en empresas privadas y públicas, en distintas áreas del derecho, si bien en los últimos años se ha centrado en el Derecho del Trabajo y en el Derecho Administrativo, en la especialidad de contratación pública.

Es autora de un libro y realizado diversas comunicaciones en las materias anteriores que, posteriormente, se han publicado en capítulos de libros especializados.

PVP: 40,00 €

ISBN: 978-84-1359-812-3



9 788413 598123