

La subrogación y la subcontratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público 9/2017

José Enrique Candela Talavero

Funcionario de la Administración local con habilitación de carácter nacional

Director técnico de Urbanismo, Vivienda y Patrimonio.

Ayuntamiento de Utrera (Sevilla)

Doctorando en Derecho

EXTRACTO

Incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, por imposición comunitaria, las directivas de contratos, ha sido definitivamente aprobada una nueva Ley de Contratos del Sector Público, en la que encontramos novedades cuya razón de ser está en ese influjo que proviene de Europa. Se trata de incluir en la contratación pública por parte de las Administraciones públicas de manera transversal criterios sociales y medioambientales. Estos deben guardar relación con el objeto del contrato y tratar de hacer realidad el principio de la eficiencia en el uso y asignación de los fondos públicos. Con este objetivo se encuentran realidades, analizadas en este trabajo, como son la subrogación o la subcontratación, figuras que obligan a respetar meticulosamente los requisitos y exigencias normativas para evitar diversas figuras de fraude en su uso. Se trata, pues, de una nueva contratación integral en la que entran en juego las distintas realidades de nuestro Estado social en todas sus manifestaciones, lo que también nos obliga a delimitar el orden jurisdiccional competente en cada caso.

Palabras clave: subrogación; subcontratación; criterios sociales; contratación pública integral.

Fecha de entrada: 30-04-2018 / Fecha de aceptación: 21-06-2018

Subrogation and subcontracting under the public procurement Act 9/2017

José Enrique Candela Talavero

ABSTRACT

Incorporated into our legal system, through community taxation, the contracts directives, a new Contractor Law of the Public Sector has been definitively approved, in which we find novelties whose *raison d'être* is in that influx that comes from Europe. The aim is to include social and environmental criteria in public procurement by Public Administrations in a transversal manner. These should be related to the object of the contract and try to make reality the principle of efficiency in the use and allocation of public funds. With this objective, we find realities analyzed in this work, such as subrogation and subcontracting. Figures that require meticulously respecting the requirements and regulatory requirements to avoid various forms of fraud in their use. It is therefore a new integral hiring in which the different realities of our social State come into play in all their manifestations, which also forces us to delimit the jurisdictional order that is competent in each case.

Keywords: subrogation; subcontracting; social criteria; comprehensive public procurement.

Sumario

1. Introducción
2. La subrogación en la contratación pública
 - 2.1. La dimensión contencioso-administrativa o laboral de la subrogación en los contratos públicos
 - 2.2. Efectos de la subrogación: La protección de los derechos de los trabajadores
3. La subcontratación
 - 3.1. Requisitos de la subcontratación
 - 3.2. Obligaciones de las partes del contrato público
 - 3.3. El pago en la subcontratación

4. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Cómo citar este estudio:

Candela Talavero, J. E. (2018). La subrogación y la subcontratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. *Revista Ceflegal*, 211-212, 85-120.

1. INTRODUCCIÓN

La nueva perspectiva que en materia de contratación ofrece 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 (BOE de 9 de noviembre de 2017, n.º 272) (en adelante LCSP 2017) se centra, entre otros aspectos, en su condición de ser una normativa integral que fija como elementos a considerar aspectos como los laborales o los ambientales. Esta realidad que enfoca la nueva ley habilita que estas dimensiones laborales estén presentes en la contratación pública, generando una serie de obligaciones para las partes, haciendo de la contratación pública un instrumento «para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las pymes, y de defensa de la competencia» (exposición de motivos de la LCSP 2017). Cuestiones sociales en la contratación pública «como una manifestación de la compra pública estratégica, que forma parte de la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada "Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador" (Estrategia Europa 2020), como uno de los instrumentos basados en el mercado que pueden utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» (Hernández Salguero, 8 de mayo de 2017).

Esta realidad se hace patente al reconocerse en su articulado que «en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social» (art. 1.3 LCSP 2017). Resultando del contenido de la exposición de motivos de la LCSP 2017 que entre sus objetivos estará el de alcanzar una mayor transparencia en la contratación pública, y conseguir una mejor relación calidad-precio. Para esto, que sea obligación de los órganos de contratación «velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato». Es la denominada «visión estratégica de la contratación pública» (Gimeno Feliú, 2017, p. 13) que se incorpora en la nueva regulación con la que cambiar «la comprensión práctica de la

contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las pymes. Se abandona así una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas. En especial, se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Y se elimina la posibilidad de *dumping* social mediante precarización de condiciones laborales al establecer la obligación de respetar los convenios sectoriales». Pymes para las que la subcontratación jugará un papel para facilitar su acceso a la contratación pública, y que se destacó hace tiempo por la jurisprudencia comunitaria, resultando, en muchas ocasiones, ser la única oportunidad de participar en contratos públicos aquellas empresas que no dispongan de suficiente capacidad organizativa y administrativa para presentar ofertas en contratos importantes. Pues bien, dado que la participación de las pymes en la contratación pública ha sido tradicionalmente muy escasa en el seno de la UE, el propio Consejo de las Comunidades Europeas instó en 1990 a la Comisión a emprender acciones específicas destinadas a fomentar su mayor participación. «Fruto de ello son las disposiciones de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos que contemplan la posibilidad de la subcontratación. La propia exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE destacaba en su Considerando 32 que con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, «conviene prever disposiciones en materia de subcontratación». En concreto, dentro de las normas específicas relativas al pliego de condiciones y los documentos del contrato, la subcontratación se recogía en el artículo 25 y también en el artículo 60 relativo a los contratos de concesión de obra pública que suponen previsiones sobre la subcontratación de arte de las prestaciones» (Moreno Molina y Pleite Guadamillas, 2009). Reconocimiento que en las actuales Directivas de 2014 es igualmente visible en el artículo 71 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, el artículo 42 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión o el artículo 88 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

La contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada, por tratarse de un mecanismo jurídico para materializar políticas (Gimeno Feliú, 2008, pp. 14 y 15) según el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Para ello ya desde el artículo 1.1 de la LCSP 2017 se busca garantizar que la contratación pública se ajuste a «los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de

la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa» (Considerando 1.º de la Directiva 2014/24/UE).

De aquí resulta significativo que se imponga en el libro segundo, título I, capítulo I, relativo a las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones públicas, al regular la preparación de los contratos de las Administraciones públicas, una subsección 2.ª sobre los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, la previsión en el genérico artículo 122.2 de la LCSP 2017 que «en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Los pliegos podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 308 respecto de los contratos de servicios». Mientras que para el pliego de prescripciones técnicas particulares citar el artículo 124 de la LCSP 2017 que estipula: «El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones». Siendo prescripción o especificación técnica, según el artículo 125.1 a) de la LCSP 2017: «Cuando se trate de contratos de obras, el conjunto de las prescripciones técnicas contenidas principalmente en los pliegos de la contratación, en las que se definan las características requeridas de un material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador; asimismo, los procedimientos de aseguramiento de la calidad, el impacto social, laboral, ambiental y climático de dichos materiales, productos o actividades que se desarrollen durante la elaboración o utilización de los mismos». Prescripciones técnicas que como regla general se redactarán teniendo en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, según la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RDLeg. 1/2013, de 29 de noviembre), añadiendo el artículo 126.3 de la LCSP 2017 el que de no ser posible esta definición se motive suficientemente y considerando siempre que si existen «requisitos de accesibilidad obligatorios adoptados por un acto jurídico de la Unión Europea, las especificaciones técnicas deberán ser definidas por referencia a esas normas en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios».

Hoy es novedad de la nueva perspectiva contractual que sean requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, según el artículo 145 de la LCSP 2017:

«1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. 2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: 1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones. Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato».

Por otra parte, se regula la información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales y de contratar a un porcentaje específico de personas con discapacidad. En este sentido el artículo 129 de la LCSP 2017 estipula:

«1. El órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje

específico de personas con discapacidad que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato. 2. Cuando se facilite la información a la que se refiere el apartado 1, el órgano de contratación solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de fiscalidad, protección del medio ambiente, protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad, y protección del medio ambiente. Esto no obstará para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 149 sobre verificación de las ofertas que incluyan valores anormales o desproporcionados».

Siguiendo en esta línea del reconocimiento de relaciones laborales en la contratación pública citar el artículo 201 de la LCSP 2017 al reconocer obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, por cuanto «los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V. Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo. El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192». Así como que las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden (art. 202 LCSP 2017) se puedan establecer al vincularlas al objeto del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

«En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.

2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato;

una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica. Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

3. Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71.4. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo».

2. LA SUBROGACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El tratamiento igualitario a los licitadores guarda íntima conexión con la subrogación empresarial. Al respecto, a la luz de la regulación sobre su información en la anterior regulación re-

presentada por el TRLCSP 2011, en su artículo 120. Mientras que el primer párrafo del artículo es equivalente de la LCSP 2017, el artículo 130.1 dispone:

«1. Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista».

En consecuencia, que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución n.º 40/2018, de 15 de febrero (FD 5.º) afirmara la validez de la cláusula del pliego que rezaba: «En los anexos correspondientes se relaciona el personal que presta el servicio actualmente, y que, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación a las entidades que resulten adjudicatarias, pudiera resultar obligatorio la subrogación de estos trabajadores», en este caso, dicha expresión es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP, relativo a aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, en los que el órgano de contratación deberá facilitar a las entidades licitadoras 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. En este sentido, la citada expresión recogida en la cláusula 6 del PPT se limita informar del personal que presta actualmente el servicio para el supuesto de que pudiese resultar obligatoria la subrogación, en función del convenio que pudiese resultarle de aplicación a la entidad adjudicataria. Sin embargo, no es posible inferir de ello la pretensión de la recurrente de que las empresas adjudicatarias tienen que respetar el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores cuya subrogación resulte obligatoria, ni que ese convenio sea el de ocio educativo y animación sociocultural. Al respecto, es necesario traer a colación el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores que establece la primacía del convenio colectivo de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento, sobre los convenios sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior en materias tan significativas

como son, entre otras, el salario base y los complementos salariales, el horario y la distribución del tiempo de trabajo o las medidas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Por tanto, el convenio colectivo que regirá el contrato examinado será el que resulte de aplicación, sin que pueda el PPT alterar el orden de fuentes del derecho laboral ni corresponda a él decidir si en el contrato en cuestión se ha de aplicar el convenio estatal o el de empresa si en su caso lo hubiere, como realmente hace dicho pliego al no pronunciarse sobre tales extremos. No olvidar en este sentido que «el valor hora previsto como presupuesto de licitación no es inferior al precio actualmente contratado para el servicio, y que, en cualquier caso, como se menciona en la doctrina citada, son los principios de eficiencia, control del gasto y estabilidad presupuestaria, los que deben informar la decisión del órgano de contratación a la hora de fijar el presupuesto, no pudiendo dichos principios quedar condicionados por los gastos relativos a la subrogación de personal. Asimismo hemos de recordar con el órgano de contratación que la empresa que resulte adjudicataria podrá realizar los reajustes de plantilla en relación con los trabajadores contenidos en el Anexo X que estime sean necesarios de acuerdo con las horas que se demanden de acuerdo con la legislación laboral, puesto que el deber de subrogar al personal por parte de la adjudicataria no obliga a esta a destinar a los trabajadores subrogados a la prestación del servicio adjudicado y el pliego de prescripciones técnicas no ha exigido una plantilla mínima para la prestación del servicio», de manera que en caso de recurrirse, visto que el presupuesto de licitación no cubriría los costes salariales del personal a subrogar de acuerdo con el convenio de aplicación, se corrija su determinación del presupuesto de licitación, vista la determinación del precio de los contratos, el artículo 87 del TRLCSP y para los contratos de servicios, en el artículo 302 del TRLCSP, resolviéndose que el órgano de contratación, a la hora de fijar el presupuesto de licitación, lo calculará según el precio general del mercado, atendiendo a uno de los sistemas de determinación del precio previstos en el TRLCSP para los contratos de servicios (Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 385/2015, de 4 de noviembre, FD 6.º).

Sobre el particular para su mejor interpretación se ha pronunciado en distintas ocasiones el Tribunal Administrativo Central de Contratación Pública (TACRC) cuya doctrina traemos a colación. Así señaló en su Resolución n.º 608/2013 que este precepto 120 del TRLCSP no impone que en los pliegos de cláusulas administrativas se deba contener una cláusula de subrogación. Así, si es principio a respetar también el de no discriminación, conectado con el de transparencia, se verán vulnerados, a la luz del artículo 120 del TRLCSP, cuando la información relativa a los costes del personal no sea correctamente suministrada por el adjudicatario, pues en tal caso dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta a la hora de elaborar su oferta. Es por tanto el órgano de contratación el que debe requerir al adjudicatario para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación (Resolución n.º 471/2013, TACRC), pues la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos –Administración contratante y adjudicatario– (Resolución n.º 75/2013, TACRC). Información que supone que, en el supuesto de que, si bien el recurrente razonablemente puede no haber conocido qué documentación se había presentado por el finalmente ad-

judicatario, podía, no obstante, haber pedido acceso al expediente en este punto con base en el artículo 151.4 de la TRLCSP, que daba derecho a conocer toda la información que permita interponer el recurso (Resolución n.º 898/2014 de 5 de diciembre, TACRC). Al respecto la información a suministrar se contendrá pues en los pliegos propios y reguladores de la licitación de que se trate como parte de la documentación que se incorpora al expediente contractual, aunque tal referencia no constara entre el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares según relaciona el artículo 67 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, puntualizándose que «puede entenderse incluida dicha obligación entre los derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato y documentación incorporada al expediente que tiene carácter contractual art. 67.2 n)» (Hernández Jiménez, 2014).

2.1. LA DIMENSIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA O LABORAL DE LA SUBROGACIÓN EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

La dimensión de la posibilidad de que existe una cláusula de subrogación empresarial y su vinculación con los pliegos de cláusulas fue puesto de manifiesto con doctrina del propio TACRC de manera que también en sus Resoluciones n.º 75/2013 y n.º 969/2015 se repite ese exceso de la cláusula de subrogación del ámbito subjetivo propio de los pliegos, «en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un «contenido netamente laboral» (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de este destinado a la prestación del servicio) y «que forman parte del estatus de trabajador», de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social». A este pronunciamiento podemos añadir el que recordara el TACRC en su Resolución n.º 1062/2017, de 10 de noviembre, en su FD 6.º, sobre la n.º 375/2016, de 13 de mayo, afirmando «que el criterio de este Tribunal, teniendo siempre presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido, y es, el de entender que siempre que exista al menos la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 120 del TRLCSP, de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria». En definitiva, buscándose una «medida social en beneficio de los trabajadores, se plantea en ocasiones la posibilidad de imponer directamente en un pliego que el nuevo adjudicatario de un contrato asuma los trabajadores del contratista que está prestando determinado servicio cuyo contrato expira. Esta posibilidad ha de descartarse desde un punto de vista de legalidad, por dos motivos: la subrogación empresarial opera *ex lege* o por imposición de los convenios colectivo, cuando concurren los requisitos que establece el artículo 44 del ET. No precisa el consentimiento de los trabajadores, solo han de ser

notificados cuando se produzca, por lo tanto, un pliego de un contrato no puede imponer a los trabajadores un cambio de empleador si no viene impuesto por la ley o el convenio colectivo. El principio de vinculación positiva de la Administración a la Ley supone que esta solo puede recoger en un pliego la obligación de subrogación cuando concurren los supuestos legales del artículo 44 del ET o los del convenio colectivo del sector aplicables. El Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón n.º 6/2012, de 7 de marzo concluye que «la obligación de subrogación del personal en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea en la normativa laboral aplicable y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad», acogiendo la doctrina de la STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2011. Por su parte la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Castilla y León recordó en su informe de «Recomendaciones a los órganos de contratación relativas a la contratación de servicios energéticos» de 1 de febrero de 2012, que el pliego de cláusulas administrativas particulares no puede imponer la subrogación de los trabajadores, aportando en su argumentación el criterio mantenido en el dictamen n.º 64/2005 de la Abogacía General del Estado¹.

En definitiva, exigencia de información que encuentra su base y fundamento en «la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos (Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado n.º 33/2002). Y ello por más que esta obligación coloque al órgano de contratación en la difícil posición de tener que valorar si la adjudicación del contrato va a ser o no constitutiva de una sucesión empresarial o, en caso de que no lo sea, analizar qué convenio colectivo resulta aplicable, al efecto de comprobar si el mismo impone o no la subrogación». Obligación de subrogación impuesta, según Resolución n.º 1031/2016, de 16 de diciembre, «por normas legales o convencionales, y no autónomamente por el órgano de contratación» (De la Puebla Pinilla, 2017 p. 3).

En caso de subrogación laboral, existe doctrina de la jurisprudencia comunitaria y del TACRC, recordada por autores (Martínez Fernández, 2017a, p. 45), que instan medidas para hacer realidad de transparencia en la contratación pública y lograr que «por sucesión de empresa se ha de verificar la concurrencia de los requisitos legales para que se produzca una cesión por mandato legal (art. 44 del TRET y Directiva 2001/23/CE, que precisa la transmisión de los elementos materiales productivos –STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto C-509/14, ADIF-Algeposa–) o aplicación del convenio colectivo, sin que se pueda imponer *ex novo* en los pliegos (SAN de fecha 14 de septiembre de 2016; STS de 16 de diciembre de 2014; RTACRC

¹ Martínez Fernández, J. M. (2015, pp. 9 y 10). (RTACRC 872/2014, de 20 de noviembre; RTACRC 730/2014, de 3 de octubre; RTACRC 452/2014; RTACRC 386/2014; RTCAP de Madrid 140/2014, de 30 de julio; RTACRC 134/2013, de 5 de abril).

n.º 272/2015, de 23 de marzo; RTACRC n.º 440/2016, de 3 de junio; ATACP de Aragón n.º 72/2016, de 14 de julio). Se ha de analizar la eficiencia de los contratos en los que pueda resultar de aplicación esta institución para mantener o no la unidad productiva autónoma, o romperla; en el caso de que proceda la subrogación laboral se han de analizar los contratos laborales para ver el personal afectado y recoger los datos en el PCAP (art. 130 LCSP 2017; STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2015, rec. 489/2014; ATARC de Aragón 72/2016, de 14 de julio; RTA-CRC 440/2016, de 3 de junio de 2016)».

Supondrá, como advirtiera el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución n.º 235/2016, de 2 de noviembre, que «no cabe desconocer que la cuestión planteada en el recurso y la defensa de contrario del contenido del pliego efectuada por el órgano de contratación, responden a una cuestión doctrinal polémica, no exenta de dificultad y que encuentra pronunciamientos dispares en la jurisprudencia. Así, mientras que la jurisdicción social parece admitir la posibilidad de que la subrogación de trabajadores venga impuesta en los pliegos que han de regir la contratación, la jurisdicción contencioso-administrativa –con la salvedad de la Sentencia de la Audiencia Nacional invocada por el órgano de contratación–, la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación y de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, así como determinados informes de la Abogacía del Estado, como el Informe de 29 de junio de 2005, consideran que la subrogación del personal es una cuestión que corresponde al ámbito laboral y sobre la que no cabe establecer obligaciones autónomas en los pliegos». Que además recordó pronunciamientos en el ámbito de la jurisdicción laboral, en el sentido de la STS para la unificación de la doctrina 2423/2003, de fecha 4 de abril de 2005, que señaló en su FD 3.º: «En otro caso de conformidad con esa doctrina, 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». Cabe así mismo considerar la STS, Sala de lo Social, de 20 de febrero de 2000, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, cuyo objeto estriba en si resulta o no válida la subrogación en diversos contratos de trabajo, impuesta en el pliego de condiciones a una empresa a quien se adjudica una contrata en régimen de competencia con otra contratista que hasta ahora había venido desempeñando, como monopolista, el servicio, y continúa prestándolo en lo sucesivo en concurrencia con la nueva adjudicataria, oponiéndose a tal subrogación los trabajadores afectados por ella, en la actividad de *handling*, que parece asimismo considerar esta opción cuando de forma negativa previene que no es posible imponer la obligación sin contar con el consentimiento de los trabajadores». Mientras que «por otro lado la jurisdicción contencioso-administrativa y la doctrina de los tribunales de contratación pública y de las juntas consultivas sostienen la tesis contraria de acuerdo con los siguientes argumentos, que asimismo son los que ha sostenido este Tribunal en anteriores resoluciones. Así se parte de que la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio, se deriva del artículo 44 del ET, que la establece en el caso de la denominada sucesión de empresas, en transposición de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, «El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no

extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente». Respecto de este tipo de subrogación legal citar la STS de 16 de julio de 2003, que para que exista la sucesión empresarial que determina la subrogación lo transmitido tiene que ser «una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada», añadiendo la STS de 27 de enero de 2015 que «lo importante (para determinar si concurre el supuesto de sucesión de empresas) no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos», así mismo la STJUE de 6 de marzo de 2014, C-458/12, afirmó que la unidad productiva autónoma «debe preexistir a la transmisión y tener autonomía funcional suficiente».

Ahora bien, la raíz de la controversia se presenta precisamente porque no cabe entender que el cambio de contratista para la ejecución de un contrato de servicios constituya un supuesto de sucesión de empresas. Así lo señaló la STS de 13 de marzo de 1990, relativa a la sucesión en el caso de personal al servicio de los recaudadores de zona de la Hacienda Pública, «sin perjuicio de posibles garantías adicionales a través de normas sectoriales (caso de las empresas de limpieza de edificios y locales o de los servicios de vigilancia y seguridad); para ello es necesario que la transmisión afecte a un conjunto de elementos patrimoniales susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional y no a una mera actividad y a los contratos de trabajo a ella vinculados». Lo anterior significa que, si bien existe una obligación legal, de ámbito laboral, de subrogar a los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas, ello no implica que cada vez que se produzca un cambio de adjudicatario en la prestación de un servicio contratado por la Administración nos hallemos ante un supuesto de sucesión de empresas que exija la subrogación indicada, sin perjuicio de que ello pueda ser así al caso concreto en virtud de los acuerdos que puedan incorporar los convenios colectivos aplicables. A lo anterior cabe añadir que también se considera que se produce un supuesto de sucesión empresarial aunque no se transfiera la organización y medios productivos en los casos de contratos con gran carga de personal en que se transfiera precisamente la mano de obra necesaria para la realización del contrato.

Es lo que se ha venido a denominar la «sucesión de la plantilla», sentada por la STJUE de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95 Süzen, o la STJUE de 10 de diciembre de 1998, asunto C-127 y 229/96, S.H.-H.V., entre otras y recogida por el Tribunal Supremo en SSTS de 29 y 27 de octubre de 2004 o la de 5 de marzo de 2013. Además cabe la denominada subrogación convencional de acuerdo con lo establecido en las SSTS de 11 de mayo de 2001 y de 3 de junio de 2002, la única vía por la que puede «operar una subrogación obligatoria, partiendo de la premisa de que si no existe sucesión de empresa en la sucesión de contratistas administrativas es porque así lo establezca la norma sectorial contenida en el convenio colectivo de aplicación, excluyendo el convenio de empresa y con los límites que se establezcan en el propio convenio colectivo que la prevea».

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal en su Informe n.º 58/2009, de 26 febrero de 2010, señaló que «la subrogación en las relaciones laborales de que ve-

nimos hablando aquí no puede incluirse dentro del concepto de sucesión en la empresa que regula el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. En efecto este texto legal define la sucesión en la empresa diciendo que «se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría». Sucesión que precisa la transmisión de «toda una serie de elementos organizativos que la dotan de individualidad y no una mera subrogación en las relaciones laborales, derivadas de la ejecución de un contrato».

En el mismo sentido se pronunció el Informe n.º 5/2014 de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, de 24 de noviembre, sobre diversas cuestiones surgidas en torno a la figura de la subrogación de personal en materia de contratación pública. Asimismo, citar doctrina del TACRC, Resoluciones n.º 75/2013, de 14 de febrero o n.º 969/2015, de 23 de octubre, señalando que «la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos –Administración contratante y adjudicatario–, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula imponería al contratista obligaciones que tienen un «contenido netamente laboral» (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de este destinado a la prestación del servicio) y «que forman parte del estatus de trabajador», de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social. Sin embargo, el órgano de contratación trae a colación una SAN de 25 de marzo de 2015, que prevé que cabe junto con la subrogación legal y convencional un tercer supuesto constituido por la subrogación contractual vía pliegos, de forma condicionada a la voluntad del trabajador con un «claro objetivo de defensa de un interés público y que se aplica por igual a todas las empresas del ramo». No desconoce esa sentencia la corriente jurisprudencial opuesta, ya que cita de contrario la STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014, que llega a la conclusión contraria, precisamente en un asunto en que se impugnaba una resolución de este tribunal negando la posibilidad de subrogación contractual y avalando nuestra postura. Pero es que además el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, en diversas sentencias, como la de 8 de junio de 2016, dictada en el recurso de casación 1602/2015, avala una resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales señalando que «la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales es conforme a la interpretación que la sala ha realizado en la sentencia de 16 de marzo de 2015 y en las anteriores a las que se remite».

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

ción sino que exigía al nuevo adjudicatario que se subrogase en las relaciones laborales del anterior. Ahora bien, aquí la sala siguió entendiendo que era a la legislación laboral a la que se debía atender para imponer o no esa obligación. A la vista de la doctrina anteriormente expuesta, y con objeto de resolver este caso concreto, este tribunal considera que «no se han traído a colación argumentos suficientes como para separarse de la doctrina que ha venido sosteniendo con fundamento en los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, a lo que cabe añadir, dicho sea con todo el respeto, que no comparte el conjunto de los argumentos expuestos por la Audiencia Nacional en la sentencia citada, al justificar la procedencia de la obligación contractual de subrogación».

Obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro, que no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate (Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 251/2017, FD 8.º y Resoluciones n.ºs 134/2017, de 3 de febrero y 217/2017, de 24 de febrero, TACRC).

Previsión del artículo 120 del TRLCSP que buscaba que los licitadores estén «en condiciones de conocer todos los datos que puedan influir en la realización de sus ofertas y no se les puede obligar a asumir obligaciones –por más que sean obligaciones legales–, cuya efectividad, contenido y alcance les eran desconocidos en el momento de formularlas» (Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución n.º 150/2012, de 5 de diciembre), añadiendo que «en este sentido puede citarse el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado n.º 33/2002 –aplicable asimismo a la LCSP–, que concreta esta obligación señalando «la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley». En el caso objeto del recurso resultaba que no se facilitó, ni el pliego ni como documentación complementaria, información respecto de las condiciones de trabajo y ello se justifica en la consideración de que no se cumplen los requisitos legales para que proceda la subrogación pues se da una variación sustancial de los elementos de los contratos vigentes en comparación con el proyectado. Al efecto, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados 173/96 y 247/96, F. S. H. y otros, relativa a la gestión del servicio de ayuda a domicilio a favor de determinadas personas en situación de necesidad del Ayuntamiento de Guadalajara, que señala que «la mera circunstancia de que los servicios prestados por el antiguo y el nuevo concesionario o por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sean similares no es suficiente para afirmar que existe, entre las sucesivas empresas, una transmisión de entidad económica» y que «el concepto entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio». Asimismo, afirma que «un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinado de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción». En el mismo sentido se pronunció el mismo tribunal en la Sentencia de 29 de junio de 2010, asunto C-151/09, Federación de Servicios Públicos de UGT, supuesto en que

el Ayuntamiento de La Línea acordó el rescate de varias concesiones de servicios públicos que habían sido prestados por cuatro empresas concesionarias privadas, que afirma que «en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión 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». De lo que cabe concluir que para que la subrogación pueda exigirse, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular (Informe n.º 6/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón).

También ante esta vinculación entre la subrogación empresarial y los pliegos reconoció la Abogacía General del Estado (Informe de 29 junio de 2005) (Resolución n.º 922/2017, de 11 de octubre TACRC) cuando estemos ante una cláusula de subrogación de unos pliegos en ausencia de convenio colectivo, que «por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la medida en que desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que, como se ha indicado, se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato, en la medida en que dicha cláusula supone, de facto, el establecimiento en 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 del contrato o el anterior contratista [...]. Desde un punto de vista objetivo, referido a la materia a la que dicha cláusula se refiere, la misma impone al contratista obligaciones de carácter laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de este destinado a la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato) que tienen un "contenido netamente laboral" y "que forman parte del estatus del trabajador", de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya citadas de 9 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999, entre otras muchas), siendo así que, como se ha indicado, el pliego de cláusulas administrativas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación jurídico-administrativa (contrato administrativo), escapando de su ámbito la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de muy diferente».

2.2. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Subrogación que nos permite mencionar el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Resolución n.º 235/2016, de 2 de noviembre)

para analizar el debate sobre la obligación de subrogación de los trabajadores que vinieran prestando sus servicios en el ámbito del contrato en los pliegos por los que ha de regirse el mismo, de manera que si bien la SAN de 25 de marzo de 2015 reconoció que cabe, junto con la subrogación legal y convencional, la subrogación contractual vía pliegos de forma condicionada a la voluntad del trabajador con un «claro objetivo de defensa de un interés público y que se aplica por igual a todas las empresas del ramo», la cuestión ha sido zanjada por la STS de 23 de enero de 2017 en la que casa y anula la SAN de 25 de marzo de 2015, recogiendo la doctrina sentada en la STS de 16 de marzo de 2015 (señalada en esta Resolución n.º 235/2016).

Saber además cómo de manera constante ha considerado la jurisprudencia que no estaremos ante una subrogación laboral en contrato de servicios en un caso de reversión (SSTS de 26 de septiembre de 2017, que recordó, en su FD 4.º, la STS de 19 de septiembre de 2017 al afirmar que «el hecho de que una Administración Pública decida hacerse cargo de un servicio, previamente descentralizado, para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales no implica, necesariamente, que estemos en presencia de una sucesión de empresa comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CEE y, por ende, del artículo 44 del ET»). Así lo ha venido señalando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia, entre otras en las SSTS de 6 de febrero de 1997, de 26 de julio de 2012, de 16 de junio de 2016 y la STJUE de 20 de enero de 2011, asunto CLECE (C-463/09). Si bien depuraron las SSTS de 27 de junio de 2008 y de 30 de mayo de 2011 este criterio, si va acompañada de transmisión de medios materiales, recordando «que si la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial, no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contratas, con diferentes empresas, decide asumir aquella y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida artículo 44 del ET y en las diversas directivas de la que aquel es transposición».

Estas previsiones nos conducen a la situación de la subrogación del personal al concluir un contrato de servicios. El conflicto fue resuelto por la STS de 9 de diciembre 2016, en cuyo supuesto se produjo la finalización del servicio de comedor escolar y la recuperación por la Administración de los elementos materiales que había puesto a disposición del contratista, pero no así los medios humanos. A resultas de lo cual, reclamada la indemnización por despido improcedente a la Administración, se condenó a la empresa saliente (STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de marzo 2015, rec. 1/2015, decisión que ratificó el Tribunal Supremo, argumentando que no es el mismo criterio seguido en el caso de la STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 1997 (rec. 6225/1996), y reitera los argumentos del denominado caso Liceo resuelto en STS de 12 de julio de 2016 (rec. 349/2015). Apuntar por tanto el criterio seguido por el TACRC, para el que no puede estimarse que el coste del contrato administrativo deba incluir la totalidad de los costes de los trabajadores subrogados que pueda asumir la empresa adjudicataria, pues los convenios colectivos no vinculan a la Administración a la hora de fijar el presupuesto

del contrato (Resoluciones del TACRC n.º 420/2013, de 26 de septiembre, n.º 1025/2015, de 30 de septiembre y n.º 764/2016).

Si «frente a estos planteamientos, en el ámbito que ahora nos compete, como es el administrativo, tanto los órganos jurisdiccionales, como los diferentes órganos consultivos en materia de contratación pública, vienen coincidiendo en admitir que la cuestión relativa a la subrogación de los trabajadores es un tema estrictamente laboral, en el que no pueden entrar, el punto de partida es el de considerar correctos los pliegos en los que no se incluya la obligación expresa del adjudicatario de un contrato administrativo de servicios de subrogarse en la plantilla de trabajadores que se encuentre prestando el servicio en cuestión», esta Resolución n.º 861/2017, de 3 de octubre del TACRC recordó que, no obstante lo anterior, el punto divergente lo aporta la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, si bien completó este recordatorio con que «frente a ese pronunciamiento puntual, sin embargo, se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en diversas sentencias, como la Sentencia de 16 de marzo de 2015 –dictada en el recurso de casación 1009/2013–, y en las anteriores a las que se remite esta misma, así como en la Sentencia de 8 de junio de 2016, dictada en el recurso de casación 1602/2015 –en la que sigue el criterio establecido por este mismo Tribunal Central de Recursos Contractuales–, señalando al efecto que: "En efecto, en esa sentencia se sigue el mismo criterio sentado con anterioridad a propósito de cláusulas de los pliegos de condiciones de licitaciones semejantes a las de este caso en las que se preveía la atribución de determinados puntos a las ofertas que incluyeran el compromiso de subrogación en los contratos laborales del personal del operador saliente. La sala confirmó la anulación de las mismas dispuesta en la instancia, corroborando que esa subrogación resultaría, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos y, por eso, no debía ser fuente de asignación de puntos. La diferencia en el caso de la Sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013) es que en esa ocasión la cláusula cuestionada no preveía la atribución de puntos por la subrogación sino que exigía al nuevo adjudicatario que se subrogase en las relaciones laborales del anterior. Ahora bien, aquí la Sala siguió entendiendo que era a la legislación laboral a la que se debía atender para imponer o no esa obligación" (*vid.* asimismo la Sentencia de 11 de junio de 2004, RJ 5170)».

Finalmente, respecto de ese pronunciamiento puntual de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo ha dictado la Sentencia de 23 de enero de 2017, anulándola, en la que recoge la doctrina de que la inclusión de una cláusula de subrogación de los trabajadores que presten el servicio objeto de un contrato administrativo de servicios constituye una cuestión que excede del ámbito administrativo –y por tanto, posteriormente, del contencioso-administrativo–, ya que solo puede plantearse en el ámbito laboral, por lo que se puede considerar correcta la falta de inclusión en el PCAP de una cláusula de subrogación en un contrato de este tipo. «Ya la STS de 8 de junio de 2016 avaló una resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales, como conforme a la interpretación del Tribunal Supremo (STS de 16 de marzo de 2015), resolviendo, a propósito de cláusulas de los pliegos de condiciones de licitaciones en las que se preveía la atribución de determinados puntos a las ofertas que incluyeran el compromiso de subrogación en los contratos laborales del personal del operador saliente, resultando que «la Sala confirmó la anulación de las

mismas dispuesta en la instancia, corroborando que esa subrogación resultaría, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos y, por eso, no debía ser fuente de asignación de puntos».

En el artículo 130, apartados 2 a 6 de la LCSP 2017, se especifica que:

«2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación. Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato. 3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. 4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo. 5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista. 6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos».

De esta manera que, ante cierto contrato de servicio, al darse el supuesto de subrogación o consolidación, la Audiencia Nacional, en su Sentencia de fecha 14 de septiembre de 2016 (rec. 57/2016) remarcó que a la extinción de los contratos de servicios no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante. En este sentido recordó que el artículo 120 solo obligaba al poder adjudicador a facilitar información sobre la subrogación, pero

no puede exigirla, dado que la subrogación resulta, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos, «ni el PPT contiene ninguna promesa de recolocación en el sector público del personal de la empresa contratista, ni sería legal conforme al artículo 301.4 de dicho texto normativo, y artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y, en todo caso, tampoco la Administración puede imponer la obligación de subrogación legal del nuevo adjudicatario pues, además de afectar únicamente a las relaciones laborales de la empresa saliente y entrante con sus empleados, relaciones y obligaciones ajenas al poder adjudicador, el artículo 120 del citado TRLCSP solo obliga a facilitar información sobre la subrogación en los contratos que la impongan a los adjudicatarios, no pudiendo exigirla, como confirma la STS de 8 de junio de 2016, recurso de casación n.º 160/2015».

«Las circunstancias de que se imponga la subrogación del personal de la contratista saliente a la empresa que la sucede en la prestación de servicios para la Administración no es relevante a efectos de calcular el valor estimado del contrato», puesto que, como afirmó la Resolución del TACRC n.º 46/2014, de 28 de enero, «no es admisible que la entidad contratante "tenga que fijar el valor estimado y el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta en un convenio colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente, pues en tal caso quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato, al margen del criterio legalmente establecido en el artículo 88 del TRLCSP, que ordena al órgano de contratación estar al coste real del servicio en los doce meses inmediatamente anteriores a la licitación"» (Resolución del TACRC n.º 37/2018, de 19 de enero). Resultando doctrina del TACRC (resumida en su Resolución n.º 23/2018, de 12 de enero) que los convenios colectivos no vinculan a la Administración contratante a la hora de establecer el presupuesto del contrato, si bien constituyen una fuente de conocimiento (aunque no la única), a efectos de determinar el valor de mercado. En general, lo fundamental, en suma, es que el presupuesto de licitación esté en consonancia con el precio de mercado de la prestación en proporción a su contenido (Resoluciones n.º 66/2012, de 14 de marzo, o n.º 292/2012, de 5 de diciembre), siendo forzoso reconocer en esta materia un amplio margen de estimación a la Administración (Resolución n.º 420/2013, de 26 de septiembre). Y este tribunal ha declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones n.º 237/2017, de 3 de marzo y n.º 423/2017, de 12 de mayo).

3. LA SUBCONTRATACIÓN

Regula la subcontratación hoy el artículo 215.1 de la LCSP 2017: «El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero. En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente ley respecto a los contratos de

carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado».

Saber que la STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-406/14, recordando que en el apartado 31 la STJUE de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), mencionara que la Directiva 2004/18/CE contempla en el artículo 25 el recurso a la subcontratación sin mencionar ninguna limitación al respecto, y que prohibió en su apartado 37 que un poder adjudicador pudiese exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo (analizando la Directiva 2004/18/CE en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005).

Por lo que hace a la subcontratación prevista en el derogado artículo 227 del TRLCSP, la celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de una serie de requisitos, entre otros que los licitadores indiquen «el perfil empresarial del subcontratista definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización».

Resultando constante la doctrina del TACRC que asegura que los pliegos de condiciones de condiciones son auténticamente «ley del contrato», si en los mismos hubiera una exigencia la necesidad de declarar sobre la subcontratación obligatoria, se convierte en «una regla que, por ello, tiene un carácter vinculante e indisponible. Pues bien, dado que el PCP exigía un porcentaje de subcontratación a los licitadores y que la oferta de la adjudicataria, sea de forma voluntaria o por omisión, declaró *ab initio* la no subcontratación, se incumple una exigencia del pliego que, por su carácter vinculante e indisponible, obliga a aceptar la pretensión de la recurrente y declarar que la proposición de la adjudicataria debió y debe ser excluida, pues el incumplimiento de esta exigencia no puede ser objeto de convalidación vía aclaración o subsanación» (Acuerdo n.º 36/2017, de 21 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

De esta manera que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía el 18 de octubre en su Resolución n.º 208/2017 confirmase que órgano de contratación podrá acordar no admitir la subcontratación según la naturaleza del contrato, y permitido por la ley en los términos del derogado artículo 227.1 del TRLCSP que «el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario», y así, «al no permitir la el pliego de cláusulas administrativas particulares, no ha hecho sino recoger una facultad legalmente reconocida al órgano de contratación». Y así que resolviere en un contrato de servicio de vigilancia y seguridad contra intrusión, riesgos derivados, medios técnicos, conexión a una central receptora de alarmas y servicio de respuesta ante situaciones de alarma del edificio y terrenos de una residencia escolar, que esta prohibición de subcontratación contenida en el PCAP «no es contradictoria con el hecho de que las actividades de adecuación y puesta en funcionamiento de los sistemas conectados a la

CRA puedan ser realizadas directamente por la empresa adjudicataria o por cualquier empresa que disponga de la correspondiente autorización pues ello tiene su razón de ser. En este caso, la prohibición de subcontratar impide al adjudicatario encomendar a terceros la realización de las prestaciones que integran el objeto del contrato, pero en absoluto supone una prohibición respecto de una actividad complementaria o accesorio a las propias de seguridad, que deberá ser llevada a cabo, con carácter previo, para la correcta prestación de servicio en caso de que los sistemas no cumplan con los requisitos de la Orden INT/316/2011, de 1 de febrero, sin que ello resulte incompatible o contravenga lo dispuesto en el pliego, ni dé motivo a entender que la conexión a CRA pueda ser, por ende, objeto de contratación independiente con un tercero por parte de la adjudicataria».

Subcontratación que merece atención desde el punto de vista de la nueva regulación materializada en la LCSP 2017 (arts. 215, 216 y 217) en dos aspectos. Uno es que, por una parte, se prevé en la LCSP 2017 extender el recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado y ampliar su ámbito objetivo, incluyendo, entre otros, ciertos actos de ejecución del contrato como las modificaciones contractuales. Ahora bien, no se extiende a la subcontratación a pesar del efecto directo de las directivas de contratación, y a pesar de la STJUE de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que resolvió no ser conforme a derecho la regulación española por no considerar como acto de trámite recurrible la admisión a un licitador. Y, por otra, respecto a esta subcontratación, es el nuevo reconocimiento, para la seguridad de las empresas subcontratadas, que, previéndolo los pliegos, la Administración pueda pagarles directamente las facturas, descontando el importe correspondiente a los contratistas adjudicatarios, así como también que la Administración pública y demás entes públicos contratantes puedan comprobar el cumplimiento de estos pagos de los contratistas a sus subcontratistas en la forma prevista en la disposición adicional quincuagésima primera de la LCSP 2017.

En relación con la situación de las partes y el régimen jurídico de la subcontratación en relación con el respeto al principio de igualdad de trato y libre concurrencia, recordar apuntes jurisprudenciales que delimitan que «en los subcontratos la relación existente entre el contratista y sus subcontratistas es una figura contractual distinta del contrato principal y de la relación entre la Administración y el propio contratista. El subcontratista, aunque es un tercero para la Administración, no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, en el que solo existen dos partes en relación, y los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos de los que debe responsabilizarse» (STS de 10 de febrero de 1990), a lo que hay que añadir² que «la naturaleza jurídico-privada es el argumento

² Fernández Farreres, G. (2009, pp. 249-250). En el mismo sentido, *vid.* Fuertes López, M. (2001, pp. 61-62), que, tras señalar, entre otras razones, que «no debe existir ningún impedimento para que una ley, característicamente "administrativa", acoja disposiciones calificables como "mercantiles"», concluye que «no deberían esgrimirse pues mayores reparos en admitir en una ley de contratos de las administraciones públicas previsiones que atienden a garantizar el correcto desarrollo de los contratos, aunque las mismas incidan en otras relaciones colaterales, como son las exis-

principal que suele manejarse para objetar y, en todo caso, limitar el alcance de la regulación de la subcontratación que pueda establecer la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Según tales planteamientos, la sujeción de la subcontratación a determinados requisitos, condiciones y, sobre todo, garantías de pago, desnaturalizan la relación contractual privada al situarla, en cierto modo, en el ámbito público. Se trata, no obstante, de una objeción infundada, porque, aun sin dejar de ser un contrato privado entre particulares, el subcontrato guarda, como ya he dicho, directa incidencia en la ejecución del contrato administrativo. Un hecho suficiente por sí solo, para que, en orden a asegurar el efectivo cumplimiento o realización de este, pueda incorporarse determinados requisitos y condiciones en la celebración de aquel. Con ello no se altera la relación jurídico-privada que surge del subcontrato, manteniéndose, además, plenamente diferenciadas las responsabilidades derivadas, por una parte, del subcontrato, y por otra, del contrato administrativo». Por eso, que hayan de respetarse limitaciones a la subcontratación, es por lo que la STJUE de 14 de julio de 2016 asunto C-406/14 calificara de incompatible con la Directiva 2004/18/CE aquella cláusula que imponga limitaciones al recurso a la subcontratación para una parte del contrato fijada de manera abstracta como un determinado porcentaje del mismo, al margen de la posibilidad de verificar las capacidades de los posibles subcontratistas y sin mención alguna sobre el carácter esencial de las tareas a las que afectaría. Así se entiende que si la contratación pública debe lograr objetivos como el crecimiento inteligente, sostenible e integrador y básico de la racionalidad económica de los fondos públicos (Estrategia Europa 2020) y no pudiendo restringir la libertad de competencia (art. 215.1 LCSP 2017) en la nueva Directiva 2014/24/UE especificara que se introduzca «una regulación más estricta de la subcontratación que la prevista en su predecesora. Por ejemplo, la regulación comunitaria anterior únicamente se refería a la posibilidad de imponer la subcontratación al concesionario de obras públicas y a la posibilidad de solicitar de los licitadores que indicaran en su oferta qué parte de la prestación pretendían subcontratar. Ahora esta posibilidad de extiende y abre más (art. 71 Directiva)» (Valcárcel Fernández, 15 de septiembre de 2014).

3.1. REQUISITOS DE LA SUBCONTRATACIÓN

Son requisitos para la subcontratación los señalados en el apartado 2.º del artículo 215 de la LCSP 2017, a saber:

«a) Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

tentes entre contratistas y subcontratistas. Sin negar el principio de libertad contractual entre los empresarios, debe atenderse a todo aquello que facilite encauzar la protección del buen fin de los contratos públicos». Por ello, «el buen fin del contrato administrativo ampara de manera sobrada que la Ley establezca límites o condiciones a este contrato "privado", por afectar a un objeto público».

b) En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71.

El contratista principal deberá notificar por escrito al órgano de contratación cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas.

En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia será suficiente para acreditar la aptitud del mismo.

La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si esta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a) del presente apartado, los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b) de este apartado, salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación

o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación».

Por su parte el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid apreció en su Resolución n.º 186/2017, de 21 de junio, un contrato de servicios en el que se produjo la subcontratación del 100% a una empresa del mismo grupo ante la necesidad de acreditar la solvencia del subcontratista, recordando la SAN de 25 de febrero de 2015, para la que «lo esencial es que el operador económico con sus propios recursos o a través de la subcontratación –siempre que presente las garantías adecuadas al efecto– sea capaz de realizar en forma adecuada el conjunto de prestaciones que integran el contrato», que «los negocios jurídicos con empresas del grupo no pertenecen a la categoría jurídica de los subcontratos» y que «no habiéndose aportado ningún certificado de servicios realizados directamente por Valoriza CEE ni haberse acreditado la puesta a disposición de medios para completar su solvencia se considera que no ha acreditado que posee una solvencia propia mínima para la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, y no siendo tampoco conforme a derecho considerar que se estuviera ante un supuesto de subcontratación de terceros por tratarse de empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial, debe estimarse el recurso».

3.2. OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO PÚBLICO

Resultando estas obligaciones para las partes tras la celebración de la subcontratación, las derivadas del artículo 215 LCSP 2017:

«3. La infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, tendrá, entre otras previstas en esta Ley, y en función de la repercusión en la ejecución del contrato, alguna de las siguientes consecuencias, cuando así se hubiera previsto en los pliegos:

- a) La imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato.
- b) La resolución del contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el segundo párrafo de la letra f) del apartado 1 del artículo 211.

4. Los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la

Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 201.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 2 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

5. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 71.

6. El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

7. Los subcontratos y los contratos de suministro a que se refieren los artículos 215 a 217 tendrán en todo caso naturaleza privada.

8. Sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional quincuagésima primera los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos».

Recordar la Resolución n.º 53/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 14 de febrero, al asegurar en el expediente del contrato «Servicio para el mantenimiento integral de equipos electromédicos y servicio de gestión patrimonial de la totalidad de equipos del Hospital Universitario 12 de Octubre», que «de esta forma se distinguen en el PCAP dos posibilidades, o bien si el licitador de antemano sabe que va a precisar de subcontratos para llevar a cabo determinadas prestaciones objeto del contrato, debe indicarlo así en la propia oferta especificando el nombre y documentación completa de la empresa que propone como subcontratista que obviamente habrá de reunir los requisitos exigidos al contratista, o bien para el caso de que fuera necesario contar puntualmente con un subcontratista durante la ejecución del contrato, teniendo en cuenta la variedad de equipos a mantener, en que se exige comunicación al hospital. Lo cierto es que como afirma la licitadora excluida (Technologie Sanitaire S.P.A.), en su escrito de alegaciones, frente a lo aducido por la recurrente la aplicación del contenido del artículo 227 2 a) del TRLCSP exige que así se haya previsto en el PCAP, exigencia que constituye su presupuesto de aplicación y que en este caso se refiere al nombre de la empresa que se pretende subcontratar, y su documentación completa, con el límite del 30% previsto en la cláusula 30. Por lo que habiendo informado de la intención de subcontratar a determinadas empresas, identificadas mediante su razón social y siendo el porcentaje previsto inferior al máximo permitido, no se advierte incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 20 de la cláusula 1 del PCAP en relación con la cláusula 12 del PCAP, y debe desestimarse este motivo del recurso», y finalmente, por lo que nos interesa, que «el indicado apartado del PCAP también

exige que se aporte "documentación completa" de la empresa que se propone subcontratar, documentación que no consta aportada. Lo cierto es que la mención a la documentación completa es ciertamente imprecisa y no permite conocer a los licitadores qué tipo de documentos deben presentar. Esto no obstante, teniendo en cuenta que los subcontratistas deben reunir los requisitos y clasificación necesaria para contratar con la Administración, debe entenderse que la documentación será la precisa para acreditar este extremo, los documentos cuya falta se aprecia constituyen un elemento de la oferta susceptible de ser completado tal y como viene reiterando este Tribunal en aras del principio de concurrencia, entre otras en la Resolución 226/2017, de 8 de agosto, en aplicación de la doctrina del TJUE expuesta en los considerandos 29 a 31 de la Sentencia, de 11 de mayo de 2017, C-131/16».

Por su parte en la Resolución n.º 10/2018, de 17 de enero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía resolvió en el recurso interpuesto contra la resolución que adjudicó el contrato de servicio y mantenimiento integral de equipos electrodomésticos e instalaciones asociadas, con destino a los centros sanitarios de la provincia de Almería, pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud y adscritos a la Plataforma de Logística Sanitaria de Almería, que no constando en la norma definición expresa de lo que entiende por subcontratación «de la intencionalidad de su regulación y de la delimitación que de este concepto –aunque para atender a finalidades ajenas a la contratación pública– se ha hecho doctrinal y jurisprudencialmente en otras ramas jurídicas (arts. 1.597 del Código Civil y 42.1 del Estatuto de los Trabajadores, entre otros), se puede deducir que el subcontrato es, a los efectos del TRLCSP, un contrato celebrado entre el contratista adjudicatario y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal. En todo caso, de esta definición ha de destacarse que la subcontratación es solo una de las modalidades de externalización de su actividad a las que puede acudir una empresa; es decir, no siempre el uso de medios ajenos para realizar una actividad industrial o comercial es subcontratación. Así, no se da esta figura jurídica cuando el contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación».

En este mismo sentido se manifiesta el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco en su Resolución n.º 92/2016, de 26 de julio, analizando el caso particular, para «dirimir si acudir a terceras empresas para la gestión de los residuos que se puedan ocasionar como consecuencia de las actuaciones que eventualmente deba llevar a cabo la entidad adjudicataria conforme al apartado antes transcrito de la cláusula 1.4.9. del PPT, debe ser considerado subcontratación por suponer una realización parcial del objeto del contrato o, por el contrario, nos encontramos ante una actividad externalizada por el contratista que no puede incluirse en esta figura por carecer de la nota de especificidad que la caracteriza. A juicio de este órgano, la opción correcta es la segunda, lo que lleva a la desestimación del motivo de impugnación por las razones que se exponen a continuación. En el supuesto examinado, la prestación objeto de controversia versa sobre la necesidad de que el adjudicatario se haga cargo del desmontaje, retirada y destrucción de aquellos equipos objetos del contrato, que causen baja

durante la vigencia del mismo, situación que al menos en teoría puede no llegar a ocurrir –caso de que no sea necesario–, aunque en la práctica pueda darse en mayor o en menor medida. Asimismo, nada obsta a que el adjudicatario, en su caso, proceda al desmontaje y retirada de los concretos equipos y la empresa habilitada para la gestión de residuos a la destrucción de los mismos, sin que esta actuación tenga las notas de autonomía y sustantividad propias distintivas de la subcontratación, sino de un servicio auxiliar que comprende tareas instrumentales respecto a la prestación "característica" del contrato, que es el mantenimiento integral de equipos electromédicos e instalaciones asociadas». Mientras que en su Resolución n.º 245/2017, de 13 de noviembre el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, interpuesto recurso especial por la entidad Fulton Servicios Integrales, SA contra la resolución, de 12 de agosto de 2017, de la directora gerente del Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de gestión técnica y mantenimiento de edificios de los centros adscritos al Centro Regional de Transfusión Sanguínea de Sevilla, a los Distritos de Atención Primaria de Sevilla, Aljarafe y Sevilla Norte, al Área de Gestión Sanitaria de Osuna y al Área de Gestión Sanitaria Sur de Sevilla», adjudicado a la empresa Ferrovial Servicios, SA, «el órgano de contratación señala que la comisión técnica ha estudiado la viabilidad de la ejecución del contrato en cuanto a recursos humanos, analizando de forma conjunta la dotación de recursos con dedicación exclusiva al contrato y el plan de subcontratación presentado. Por ello, dicha comisión consideró que, teniendo en cuenta la baja dotación de recursos humanos destinados al contrato por Fulton, resultaba insuficiente el plan de subcontratación presentado para garantizar la adecuada prestación del servicio. Concluye, pues, que la valoración otorgada a la oferta recurrente en el criterio B7 (0,2 puntos) es el resultado del análisis conjunto de la documentación presentada para justificar el plan de provisión de recursos. Finalmente, Ferrovial alega que la oferta de la recurrente tiene carencias y deficiencias debidas a su escasa adaptación a las particularidades de cada centro y a un incorrecto dimensionamiento del servicio. Pues bien, tampoco puede prosperar este último alegato de la recurrente. Los argumentos de Fulton no pueden prevalecer sobre la valoración efectuada por la comisión técnica respecto al criterio B7 «Plan de provisión de recursos». Es de ver que el informe técnico efectúa una valoración de cada oferta por cada uno de los distintos apartados en que se divide el criterio, así como una valoración final conjunta de cada proposición sobre la base de todos los aspectos ponderados. Asimismo, el juicio técnico se ha realizado acudiendo a un estudio comparativo de los distintos planes propuestos por los licitadores, de conformidad con lo estipulado en el Anexo A al Cuadro Resumen del PCAP, sin que la recurrente, al formular sus alegatos, haya desvirtuado la presunción de acierto y razonabilidad de que goza el órgano técnico evaluador según constante jurisprudencia. Así las cosas, la valoración discutida por la recurrente se halla amparada por el principio de discrecionalidad técnica, sin que Fulton haya acreditado la superación de sus límites, al no probar, a juicio de este Tribunal, la existencia de error, arbitrariedad o falta de motivación en el juicio de valor emitido, conforme tiene declarado reiterada jurisprudencia y doctrina de este tribunal. Por todas, citamos la Resolución 152/2017, de 28 de julio, que alude, a su vez, a doctrina del Tribunal Supremo como la sentada por la Sentencia de 15 de septiembre de 2009. A la vista de cuanto se ha argumentado, tampoco puede prosperar el alegato del recurso relativo a la defectuosa valoración de la oferta recurrente con arreglo al criterio de adjudicación B7, y, en consecuencia, procede la desestimación íntegra del recurso».

3.3. EL PAGO EN LA SUBCONTRATACIÓN

Recordando doctrina de los tribunales como la surgida del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en diversas ocasiones (sentencias de 9 de julio de 1997, 13 de octubre de 2001 y 30 de enero de 2002, 31 de marzo de 2004 y 5 de mayo de 2005), el subcontrato resulta un negocio jurídico derivado o secundario, pudiendo predicarse su carácter estructuralmente autónomo y funcionalmente dependiente: autónomo y de naturaleza civil, por una parte, pero también dependiente, porque si se extingue el principal, se produce la imposibilidad sobrevenida de cumplirlo (Resolución n.º 6729/2013, de 12 de noviembre de 2012 del Tribunal Administrativo de Navarra).

Previsto en los artículos 216 y 217 tanto la forma en el pago como su comprobación. Estipulándose en el artículo 216 de la LCSP 2017 que:

«1. El contratista está obligado a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación.

2. Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y se computarán desde la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios por el contratista principal, siempre que el subcontratista o el suministrador hayan entregado la factura en los plazos legalmente establecidos.

3. La aceptación deberá efectuarse en un plazo máximo de treinta días desde la entrega de los bienes o la prestación del servicio. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma. En el caso de que no se realizase en dicho plazo, se entenderá que se han aceptado los bienes o verificado de conformidad la prestación de los servicios.

4. El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 69 bis del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, sobre la remisión electrónica de los registros de facturación, los subcontratistas que se encuentren en los supuestos establecidos en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público, deberán utilizar en su relación con el contratista principal la factura electrónica, cuando el importe de la misma supere los 5.000 euros, que deberán presentar al contratista principal a través del Registro a que se re-

fiere el apartado 3 de la disposición adicional trigésima segunda, a partir de la fecha prevista en dicha disposición.

En supuestos distintos de los anteriores, será facultativo para los subcontratistas la utilización de la factura electrónica y su presentación en el Registro referido en el apartado 3 de la disposición adicional trigésima segunda.

La cuantía de 5.000 euros se podrá modificar mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública.

6. Los subcontratistas no podrán renunciar válidamente, antes o después de su adquisición, a los derechos que tengan reconocidos por este artículo, sin que sea de aplicación a este respecto el artículo 1110 del Código Civil».

Así, en el Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía n.º 7/2016 de 30 junio de 2016, se recordaba su Informe n.º 13/2009, de 3 de noviembre, en el que se ponía de manifiesto que «el subcontrato vincula exclusivamente al contratista subcontratante y al subcontratista, y en el ámbito de los dos quedan circunscritos sus efectos». Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en el Informe n.º 8/2011, de 27 de octubre, señalaba que «la subcontratación se configura como una relación jurídica privada entre el contratista y los subcontratistas y los suministradores que, a pesar de su carácter accesorio funcional respecto de la relación contractual pública, no altera en ningún caso el régimen de exigencia de responsabilidades por el correcto cumplimiento de las prestaciones que conforman el objeto del contrato, que corresponden, en todo caso, al contratista». Para concluir recordando que «en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, no se hace referencia a las relaciones entre contratistas y subcontratistas respecto a las cantidades adeudadas entre ellos. Por tanto, la falta de pago del precio pactado al subcontratista por parte del contratista principal no puede considerarse incumplimiento contractual a efectos de la incautación de la garantía».

En cualquier caso, saber que «cuando se habla de subcontratación nos situamos siempre en la fase de ejecución del contrato, siendo responsable de esta frente a la Administración únicamente el contratista. Diferente de esta figura es la de la figura de la integración de la solvencia por medios externos introducida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público. Figura que fue analizada por esta Junta en su Informe 29/2008, de 10 de diciembre. Sobre los diferentes supuestos a los que resulta aplicable, en dicho informe se afirmó que puede ser objeto de integración con medios externos tanto la solvencia técnica, como la económica y financiera (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Informe n.º 23/2013 de 25 noviembre de 2013).

Por su parte este pago deberá ser efectivamente comprobado. De manera que en el artículo 217 de la LCSP 2017 se prevea que:

«1. Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de

los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 12, han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos.

En tal caso, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, cuando este lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar a solicitud del ente público contratante justificante de cumplimiento de los pagos a aquellos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 216 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en lo que le sea de aplicación. Estas obligaciones, que en todo caso se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones especiales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos, respondiendo la garantía definitiva de las penalidades que se impongan por este motivo.

2. Las actuaciones de comprobación y de imposición de penalidades por el incumplimiento previstas en el apartado 1, serán obligatorias para las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes, en los contratos de obras y en los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 5 millones de euros y en los que el importe de la subcontratación sea igual o superior al 30 por ciento del precio del contrato, en relación a los pagos a subcontratistas que hayan asumido contractualmente con el contratista principal el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra. Mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, a propuesta de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, podrá ampliarse el ámbito de los contratos en los que estas actuaciones de comprobación e imposición de penalidades previstas en el apartado 1 sean obligatorias».

Y como garantía para los subcontratistas, reconoce la disposición adicional quincuagésima primera los pagos directos a los subcontratistas, estipulando:

«1. Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 216 y 217 y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 215, el órgano de contratación podrá prever en los pliegos de cláusulas administrativas, se realicen pagos directos a los subcontratistas.

2. El subcontratista que cuente con la conformidad para percibir pagos directos podrá ceder sus derechos de cobro conforme a lo previsto en el artículo 200.

3. Los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con la Administración

contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra.

4. En ningún caso será imputable a la Administración el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal a la factura presentada por el subcontratista.

5. Se autoriza al ministro de Hacienda y Función Pública para desarrollar, en el ámbito del sector público estatal, las previsiones contenidas en los apartados anteriores relativas a las características de la documentación que debe aportarse, el régimen de notificaciones, y el de certificaciones, operativa contable y facturación».

Así se justifican las recomendaciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa n.º 1/2014 de 11 abril de 2014, de Madrid, al recordar la conveniencia de que los pliegos de condiciones de los contratos promovidos por las empresas públicas y demás entes públicos que no utilicen los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, recojan el contenido relativo al pago a subcontratistas y suministradores o que los órganos de contratación requerirán a los contratistas para que presenten la relación detallada de los subcontratistas o suministradores que hayan perfeccionado su participación en el contrato, junto con las condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden relación directa con el plazo de pago, dentro del mes siguiente a la formalización del contrato, a la comunicación del contratista de su intención de subcontratar, en su caso, o junto con la factura correspondiente al primer pago o certificación.

4. CONCLUSIONES

Con la nueva regulación se ha encontrado «un importante salto cualitativo respecto a la regulación anterior en el respeto de la transparencia, la integridad, la igualdad de acceso a la contratación y la libre concurrencia» (Moreno Molina, 20 de abril de 2015). Una nueva regulación con un claro contenido hacia una contratación pública que considera aspectos sociales o medioambientales como el previsto también en sus disposiciones adicionales, la decimoctava, reguladora de la garantía de accesibilidad para personas con discapacidad, para que «en el ámbito de la contratación pública, la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, tal y como son definidos estos términos en el 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», o la disposición adicional cuadragésima séptima, que contempla principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV, instando para que los órganos de contratación velen por garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas

de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio, así como que al fijar criterios de adjudicación de estos contratos a que se refiere esta disposición adicional, se puedan referir a aspectos tales como «la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos», resultando capital la advertencia (Martínez Fernández, 2017, p. 6) y seguimiento de la «Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en Personal Laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales», de 27 de octubre de 2010; las «Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores», del MHAP, de 28 de diciembre de 2012; o el IJSC de Valencia 7/2015, de 15 de noviembre de 2015» así pues que no ha intentado que la eficiencia en la asignación y utilización de los fondos públicos se vincule a un amplio objetivo para hacer realidad en sede de contratación políticas públicas para lograr la eficiencia social (Martínez Fernández, 2017b, pp. 2.917 a 2.934), y con él garantizarse una mejor eficiencia social para preservar exigencias de políticas sociales activas (Acuerdo del Tribunal Administrativo de Recursos de Aragón n.º 80/2016, de 30 de agosto).

Referencias bibliográficas

- De la Puebla Pinilla, A. (2017). ¿Pueden los pliegos de contratación pública imponer *ex novo* la subrogación de trabajadores? *Trabajo y Derecho*, 29.
- Gimeno Feliú, J. M.^a (2017). La transposición de las directivas de contratación pública en España: Una primera valoración de sus principales novedades. *Documentación Administrativa, (DA) Nueva Época*, 4.
- Gimeno Feliú, J. M.^a (2008). Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 32.
- Fernández Farreres, G. (2009). Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de contratos del sector público. *Fundación Democracia y Gobierno Local*, 2.846.
- Fuertes López, M. (2001). La deficiente regulación de la subcontratación en los contratos de las administraciones públicas. *REDA*, 109.
- Hernández Salguero, E. (8 de mayo de 2017). A vueltas con la obligación de subrogación en los contratos del sector público. Recuperado de <www.ocp.es>.
- Hernández Jiménez, H. M. (2014). Subrogación laboral en los contratos del sector público. *Actualidad Administrativa*, 5.
- Martínez Fernández, J. M. (2015). Concomitancias del derecho laboral con el derecho de contratación pública. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 9.

- Martínez Fernández, J. M. (2017a). Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la Contratación Pública. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 41.
- Martínez Fernández, J. M. (2017b). Los criterios de adjudicación y su valoración. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 23.
- Moreno Molina, J. A. (20 de abril de 2015). El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación. Recuperado de <<http://www.obcp.es>>
- Moreno Molina, J. A. y Pleite Guadamillas, F. (2009). La subcontratación. En *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. (2.ª ed.). Madrid: La Ley.
- Valcárcel Fernández, P. (15 de septiembre de 2014). Algunas pautas sobre cómo articular el régimen de la subcontratación en los contratos públicos al objeto de prevenir la creación de cárteles. Recuperado de <<http://www.obcp.es>>.