

Situaciones problemáticas y fraudulentas tras las reversiones y la sucesión de empresas contratistas

Amparo Esteve Segarra (autora de contacto)

*Profesora titular y CU acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València (España)*

Magistrada suplente Sala Social Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana
Amparo.Esteve@uv.es | <https://orcid.org/0000-0003-3773-4668>

Albert Ituren Oliver

*Profesor de Derecho Administrativo.
Universitat de València (España)*

alberto.ituren@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-9643-9517>

Extracto

El objetivo de este artículo es el de abordar posibles situaciones de fraude en supuestos de subrogación empresarial relacionadas con casos donde se incrementa fraudulentamente la plantilla, los salarios, como condiciones más beneficiosas o por vía de la negociación colectiva. Asimismo, se abordarán algunos problemas relacionados con la reducción o la división de las contrataciones públicas.

Palabras clave: transmisión de empresa; subrogación empresarial; negociación colectiva; fraude de ley; abuso de derecho; contratación pública; condición más beneficiosa; salario.

Recibido: 21-03-2022 / Revisado: 12-04-2022 / Aceptado: 18-04-2022

Cómo citar: Esteve Segarra, A. e Ituren Oliver, A. (2022). Situaciones problemáticas y fraudulentas tras las reversiones y la sucesión de empresas contratistas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 17-45.



Post-subrogation problematic situations: fraud, corruption and tortious maneuvers in reversals and succession of contractor companies

Amparo Esteve Segarra

Albert Ituren Oliver

Abstract

The aim of this article is to address possible situations of fraud in cases of corporate subrogation related to cases where the workforce and wages are fraudulently increased, as more beneficial conditions or through collective bargaining. Some problems related to the reduction or splitting of public procurement will also be addressed.

Keywords: business transfer; business subrogation; collective bargaining; legal fraud; abuse of rights; public procurement; most beneficial condition; salary.

Citation: Esteve Segarra, A. e Ituren Oliver, A. (2022). Post-subrogation problematic situations: fraud, corruption and tortious maneuvers in reversals and succession of contractor companies. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 17-45.



Sumario

1. El foco de los problemas se traslada de cómo subrogar a las condiciones postsubrogación
 2. La obligación de información en el pliego sobre la subrogación
 - 2.1. Extensión cuantitativa
 - 2.2. Extensión cualitativa
 3. Fraudes laborales en la subrogación empresarial y la respuesta que ofrece la normativa de contratos públicos
 4. Casos de ejercicio abusivo o desviado del derecho de subrogación
 - 4.1. El incremento abusivo de la plantilla y la exclusión de la subrogación del personal con vínculos de parentesco
 - 4.2. Cambios en las condiciones salariales pactadas anteriormente
 - 4.2.1. Subidas del salario mínimo o del salario del convenio sectorial
 - 4.2.2. Subidas salariales con sospechas de fraude
 - 4.2.3. Subidas acordadas en un convenio colectivo de empresa previas a la subrogación
 5. Cambios objetivos: reducción o división de la contrata
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. El foco de los problemas se traslada de cómo subrogar a las condiciones postsubrogación

Desde principios de 2022, aclarada la forma de integrar a las personas empleadas en caso de reversión a través de la figura del personal fijo por el Tribunal Supremo (TS)¹, y no como indefinido no fijo, ha quedado cerrado el debate sobre si en caso de reversión rige la figura del indefinido no fijo². Sin embargo, cualquiera que conozca mínimamente la realidad de las reversiones sabe que los problemas más importantes comienzan, no cuando se declara la obligación de subrogar, sino el día después de la unión. Y es que ante el anuncio de una reversión pueden incrementarse exponencialmente las situaciones de fraude con y por la subrogación: hinchar plantilla, salarios, condiciones más beneficiosas acordadas por encima de parámetros normales, etc. Parfraseando a un genial humorista como es Groucho Marx y haciendo un símil con el matrimonio: la transmisión de empresa es una gran institución, pero no siempre es fácil vivir en y con una institución. Y muchas veces, los órganos judiciales del orden social centran el foco en si hay transmisión de empresa o no, y cierran los ojos a los problemas que se producen con y por la subrogación empresarial. En muchos casos, el debate procesal permite una ceguera voluntaria, a modo de cerrar la puerta y no querer ver los problemas que una unión puede causar.

Declarada la obligación de subrogar y elegida por nuestro ordenamiento la opción que permite hacer responsable a una empresa de las deudas de la anterior³, las controversias jurídicas se trasladan a otro campo de batalla mucho más prosaico, el de las condiciones laborales postsubrogación. Y respecto a estas, el TS, en la antes comentada Sentencia de 28 de enero de 2022 (rec. 3781/2020), realiza dos advertencias.

La primera es que el régimen jurídico del personal subrogado en una Administración pública no tiene por qué ser el mismo que el del personal fijo que entró por la superación de un procedimiento reglado de acceso al empleo público. Señala el Alto Tribunal que «la fijeza no está adquirida incondicionalmente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente

¹ Sentencia del TS (STS) de 28 de enero de 2022 (rec. 3781/2020).

² Esta cuestión que ha ocupado a los tribunales y a la academia durante años tenía una solución evidente después de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto Correia (Sentencia del TJUE –STJUE– de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Correia Moreira).

³ El artículo 3.1 de la Directiva 2001/23 dispone que:

Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso.

limitada al objeto de la transmisión y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes». Esta circunscripción apunta a una limitación en el ámbito, por ejemplo, de las promociones que solo podrán ejercitarse dentro de la unidad empresarial transmitida, no dentro de toda la Administración pública en la que se produce la reversión.

La segunda es una afirmación realizada *obiter dicta*, en la que el Alto Tribunal apunta lo siguiente: cuando se acredite que ha podido existir una fraudulenta incorporación de personal cuya plantilla se previera acabara integrándose en la Administración, ha de quedar abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para acabar con maniobras torticeras.

El objeto de este estudio es centrar la atención en esta última idea y comentar algunos posibles fraudes y los instrumentos que ofrece el ordenamiento para solventarlos. Dentro de la multitud de problemas que plantea la subrogación de personal en el ámbito de las Administraciones públicas, se seleccionarán tres zonas de conflicto.

En primer lugar, se abordarán casos donde se producen ilegalidades claras en la subrogación de personal, pero donde, no obstante, las soluciones que ofrece la legislación en materia de contratos públicos no son, a nuestro juicio, del todo satisfactorias.

Un segundo apartado se dedicará a supuestos donde se puede producir un fraude de ley y un ejercicio abusivo de derechos con la propia subrogación. Se tratarán casos como: qué pasa con las empresas que antes de perder una contrata realizan contrataciones por encima de los parámetros usuales, o se producen subidas de salarios antes del cambio de contratista o de una reversión o qué ocurre con las cláusulas de subrogación que excluyen a personas trabajadoras que tengan vínculos familiares con el antiguo empresario/a persona física o con los socios o socias que tengan el control de la empresa persona jurídica, si esta es la forma jurídica en la que se instrumenta la empresa.

El tercer grupo de problemas que se tratarán son los supuestos en que se producen cambios en las condiciones de trabajo del personal subrogado, pero por causas, permítanos la expresión, «objetivas», porque el órgano de contratación impone una reducción de efectivos u horas o una división en lotes de la contrata.

Pero antes de analizar estos problemas, conviene abordar una cuestión instrumental para evitar situaciones conflictivas, cual es la obligación de información del órgano de contratación administrativa sobre la subrogación de personal.

2. La obligación de información en el pliego sobre la subrogación

En el anuncio de licitación debe incluirse la obligación de subrogar cuando proceda. El artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP),

obliga a proporcionar ciertas informaciones a las empresas licitadoras para que puedan valorar y, en su caso, realizar la oferta económica, teniendo en cuenta obviamente los costes laborales. La falta de la información debida puede motivar diferentes consecuencias en la relación entre la Administración y las empresas contratistas que van desde el desistimiento de una empresa que concurra a la licitación, la anulación del concurso⁴ y, en caso de que el contrato público haya sido adjudicado, una reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración.

Sin embargo, la falta de información sobre la obligación de subrogación no impedirá que opere la obligación de subrogación frente a las personas trabajadoras, si esta es exigible, ni las consecuencias legales de incumplirse esta, que generalmente son, si se ha reclamado en plazo, las del despido improcedente⁵.

El artículo 130 de la LCSP parte de una dinámica teóricamente sencilla: es la empresa saliente la que proporciona la información al órgano de contratación, que, a su vez, remite la información a las empresas licitantes. Sin embargo, el hecho de que la extensión cuantitativa y cualitativa de la obligación de información de la Administración no siempre esté clara y que, en la práctica, esta se haga depender en gran medida de la información suministrada por la empresa saliente conduce a que esta no sea siempre fidedigna.

2.1. Extensión cuantitativa

Respecto a la extensión cualitativa de la obligación de información, el artículo 130 de la LCSP establece un concepto indeterminado aludiendo a:

[...] 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.

⁴ Alguna sentencia en sede contencioso-administrativa ha anulado un concurso público por no incluir en el pliego de condiciones la subrogación prevista en el convenio colectivo (STS, Sala 3.ª, de 1 de junio de 2004, rec. 3817/1999).

⁵ Conforme a la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) se establece:

En este sentido, la de este tribunal, citada acertadamente por el órgano de contratación, señala que [...] por tratarse de un deber de información, la jurisprudencia ha afirmado que la obligación de subrogarse es exigible incluso cuando los pliegos omitan la misma (cfr.: Sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2010 –Roj STSJ PV 4693/2010–) o contengan errores en punto a la identificación de los trabajadores afectados (cfr.: Sentencia del Alto Tribunal, Sala IV, de 13 de noviembre de 2013 –Roj STS 5847/2013–) (Resoluciones TACRC núms. 906/2014 y 292/2015).

El TACRC, aunque ha reconocido que el artículo 130 de la LCSP contiene un listado que no es un *numerus clausus*, ha sido reacio a ampliar las obligaciones de información más allá de lo previsto en la LCSP. A título ejemplificativo, ha negado la obligación de informar en el pliego del número de personas con discapacidad que prestan servicios en un contrato o su grado de discapacidad, porque dicha exigencia resulta exacerbada a la vista del tenor del artículo 130 de la LCSP⁶. Otros organismos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) han señalado diversas informaciones que deben suministrarse, como los salarios brutos del personal afectado por la subrogación o la existencia de reclamaciones laborales o salariales en vía administrativa y judicial y la cuantificación de su importe, y otras que no, como los porcentajes de absentismo⁷.

Sin embargo, en relación con las deudas laborales y de Seguridad Social pendientes del anterior contratista, el TACRC ha sido menos exigente al señalar que:

[...] consecuencias en cuanto al impago de salarios o deudas con la Seguridad Social no forma parte de las condiciones de trabajo o de convenio colectivo, respecto de los cuales se deba informar en los pliegos; existiendo medidas de depuración de responsabilidades como la imposición de penalidades en los pliegos en el supuesto de incumplimiento de esta obligación (artículo 130.4 LCSP), y acción directa contra el antiguo contratista por el nuevo contratista (artículo 130.5 LCSP), además de la retención de pagos prevista en el art. 130.6 LCSP⁸.

Una de las informaciones que han de suministrarse⁹ es el convenio sectorial de aplicación, cuyas condiciones salariales han de respetarse ex artículo 122.2 de la LCSP y que es

⁶ Resolución TACRC núm. 918/2021.

⁷ A este respecto, *vid.* Informe JCCPE 35/2019.

⁸ Esta afirmación se contiene en la Resolución núm. 353/2020 del TACRC, de 5 de marzo de 2020 (rec. 137/2020). En el caso, una asociación de empresas de limpieza presentaba un recurso contra los pliegos de la licitación del contrato de servicios de limpieza de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En esencia, planteaba que dada la posición del TS en el orden social de configurar los contratos de limpieza como una sucesión de empresa a los efectos de extender la responsabilidad solidaria, cabía exigir a los órganos administrativos una completa información sobre los impagos, porque aunque la LCSP otorgue a la persona contratista entrante la acción directa para repetir contra la contratista saliente en orden de resarcirse los mencionados costes laborales, existirán situaciones en las que, en la práctica, será casi imposible recuperar dichas cantidades.

⁹ Establece el artículo 130 de la LCSP:

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.

el que puede contener una obligación de subrogación¹⁰. Las complejas reglas de determinación del convenio colectivo aplicable ex artículos 83 y 84 del ET, donde se combinan diferentes reglas, como la prioridad aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias junto con la compleja regla de prioridad temporal de los convenios, que se exceptúa en algunos casos, y que para determinados sectores o contrata no existe convenio o ha de determinarse por la actividad principal de la contrata (en las de gestión integral¹¹) o en cada contrata¹², hacen que determinar el convenio sectorial de aplicación sea una cuestión difícil. Piénsese, por ejemplo, en algunas actividades de mantenimiento o en actividades como las de control de acceso o conserjería en empresas u organismos públicos, que, si no se prestan juntamente con las de vigilancia, no tienen un convenio colectivo de referencia.

2.2. Extensión cualitativa

En cuanto a la extensión cualitativa, diversas juntas consultivas en materia de contratación ya han señalado el carácter formal de la obligación informativa de la Administración y, parapetando a esta, que, si se proporciona por la empresa contratista saliente una información inexacta, es esta la única responsable, sin que la Administración deba asegurar la indemnidad patrimonial de la nueva contratista¹³. Es una forma elegante de reconocer que en este punto el órgano administrativo y la empresa entrante pueden ser cautivos de una información inexacta.

¹⁰ La STS de 7 de marzo de 2018 (rec. 267/2016) señala que la prevalencia del convenio sectorial en materia de subrogación convencional no vulnera la preferencia aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias prevista en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET). De manera que, si una empresa decide acometer una actividad, no podrá aducir la prohibición expresa o la falta de previsión de la subrogación empresarial en su convenio.

¹¹ La STS de 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018) aboga por aplicar el criterio de la actividad principal en la determinación del convenio de contrata de gestión integral, donde la atención de los servicios es muy diversa, desde limpieza a mantenimiento de instalaciones de todo tipo (eléctricas, informáticas, elevadores...), conserjería, vigilancia y seguridad, etc., como ya se interpretara en la STS de 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/2014).

¹² En las empresas multiservicios, la jurisprudencia habría considerado de aplicación el convenio de la actividad sectorial objeto de la contrata (STS de 12 de marzo de 2020, rec. 209/2018), criterio que después asumiría el Parlamento en la reforma laboral del 2021 (RDL 32/2021, que modifica el art. 42.6 ET).

¹³ El Informe de la JCCPE 35/19 señala:

[...] la obligación que el artículo 130 de la LCSP impone al órgano de contratación es de carácter puramente formal, pues solo obliga a requerir al contratista actual determinada información y, una vez proporcionada por este, a facilitar dicha información a los licitadores en el propio pliego, sin que el precepto imponga –ni del mismo se deduzca– ninguna obligación para el órgano de contratación de comprobar la veracidad material o intrínseca de la información. [...] En consecuencia, es criterio de esta junta que el órgano de contratación no asume responsabilidad alguna por la

Otra cuestión que complica el tema de información es que la doctrina del TS partía de que, si la empresa saliente no informaba bien, podía ser considerada responsable de las consecuencias de que la subrogación no hubiera operado¹⁴. Léase, debía hacer frente a las consecuencias del despido improcedente. Sin embargo, el TS, en sus últimos pronunciamientos, hace referencia a que, si hay obligación de subrogar, la empresa entrante ha de subrogar al personal y no puede escudarse en la falta de información de la saliente¹⁵, sin perjuicio de que pueda reclamar contra esta. Esta solución, que puede ser impecable desde la perspectiva de la técnica jurídica y de protección de las personas trabajadoras, genera en la práctica no pocos problemas, de licitaciones desiertas o de empresas que pueden quebrar, al tener que hacer frente a despidos improcedentes por no subrogación cuando no han sido informadas, sin que la posibilidad de que (bastante) tiempo después pudieran quedar resarcidas sea un alivio.

Además, la JCCPE ha considerado que, si se producen casos donde la nueva empresa contratista ha de responder por deudas salariales y de Seguridad Social de la antigua contratista, ello no daría derecho a una modificación del contrato administrativo¹⁶, pero le permite no formalizar el contrato por causa no imputable a ella, sin incautación de las garantías prestadas si ha guardado la diligencia debida en la confección de la oferta. Pero esta doctrina solo ofrece cierto paraguas si el pago de las deudas se produce en un momento inicial del desarrollo del contrato administrativo.

imprecisión o por la falta de veracidad de la información suministrada por el contratista saliente (tal responsabilidad no sería congruente con el contenido del artículo 130.5 LCSP) ni tampoco asume una obligación activa de contrastar la información suministrada. [Y se añade] En caso de que, una vez formalizado el contrato, el adjudicatario compruebe que la información facilitada a los operadores económicos en el listado de subrogación es incorrecta –bien en cuanto al número de trabajadores, bien en cuanto a su antigüedad, dedicación, etc.–, y sin perjuicio de la «acción directa contra el antiguo contratista», ¿se debe asegurar la indemnidad patrimonial del contratista? No, de acuerdo con este precepto y con el apartado 6 del artículo 130, queda claro que el contratista saliente es el único responsable de la veracidad de la información suministrada, siendo el órgano de contratación un mero intermediario en el suministro de información entre el contratista saliente y los licitadores del nuevo contrato.

¹⁴ SSTS de 26 de julio de 2007 (rec. 381/2006) y de 19 de septiembre de 2012 (rec. 3056/2011), salvo cuando la falta de información sobre un aspecto de la subrogación podía ser considerada menor (STS de 28 de julio de 2003, rec. 2618/2002).

¹⁵ STS de 11 de enero de 2022 (rec. 2635/2018). En el caso, una empresa de limpieza sucedió en la contrata aduciendo que no subroga a una supervisora por entender que la anterior empresa, la saliente, no le había pasado toda la información que establecía el convenio. En este caso, el TS ya no aplicó, y ni siquiera mencionó, el tema de la entidad de la información y si era responsabilidad de la saliente, sino que argumentó que se trataba de una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra, y, por tanto, la nueva empresa tenía obligación de subrogar porque había asumido una parte esencial de la plantilla.

¹⁶ Informe 35/2019.

3. Fraudes laborales en la subrogación empresarial y la respuesta que ofrece la normativa de contratos públicos

En teoría, si se produce una subrogación empresarial, se han de mantener los contratos y las condiciones de trabajo (de salario, jornada, etc.), sin que la persona trabajadora haya de dar su consentimiento y sin necesidad de celebrar un nuevo contrato de trabajo. El cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma no extingue por sí mismo los contratos de trabajo que la anterior empresa tuviese celebrados, y la nueva mercantil queda subrogada en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de la anterior (art. 44 ET). Esta regla está vinculada a una función de garantía de la estabilidad en el empleo y es de derecho necesario por ser un efecto *ex lege* de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, sobre 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 (en adelante, Directiva 2001/23), y no es dispositiva para la Administración ni para la negociación colectiva.

Los tribunales han dicho que existe renuncia de derechos, prohibida por el artículo 3.5 del ET, si la empresa celebra con la persona trabajadora un nuevo contrato de trabajo, pacta un nuevo periodo de prueba o cambia, por mor de la subrogación, la categoría, antigüedad y retribución que tuviera reconocido el personal afectado¹⁷. No puede aprovecharse la subrogación para reducir las condiciones o efectuar un nuevo proceso de selección. Sin embargo, ello ocurre en no pocos casos en la práctica. Las vías de reacción típicas frente a estas ilegalidades claras son la denuncia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y/o la interposición de una demanda judicial de despido¹⁸. Y, en ambos casos, la respuesta es previsible. Por ejemplo, los órganos judiciales han dicho que es correcta la sanción a una empresa que hizo firmar al personal afectado una renuncia a la antigüedad¹⁹. De hecho, en los casos en que se aparenta la extinción del contrato de trabajo con la anterior empresa contratista y el nacimiento de una nueva relación laboral, los tribunales no han dado valor a las bajas voluntarias o finiquitos, aplicando la clásica doctrina del fraude de ley prohibido por el artículo 6 del Código Civil al obligar a las personas trabajadoras a renunciar a su fijeza²⁰.

¹⁷ No es legal obligar al trabajador/a a firmar un finiquito renunciando a la antigüedad que se tenía para ser recolocado/a en la nueva empresa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Cataluña de 26 de mayo de 2017, rec. 1261/2017). En el caso tenía la persona una antigüedad de 15 años.

¹⁸ Procesalmente, se ha desechado que a esta conclusión obstará que las personas asalariadas no denunciaran la situación hasta el cese efectivo en el trabajo, al no estimar de aplicación el plazo de prescripción de 3 años del artículo 44 del ET, sino el de la acción de despido, en relación con el último de los ceses.

¹⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Toledo de 4 de febrero de 2019 (proc. 698/2018).

²⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de junio de 2007 (rec. 1759/2007).

Los tribunales han señalado hasta la saciedad que la actuación empresarial de no subrogar a una persona trabajadora cuando existe la obligación legal o convencional constituye un despido, que generalmente se califica de improcedente, salvo si la persona despedida se encuentra en uno de los supuestos de nulidad reforzada. En muchos casos, las tutelas se activan solo si el personal afectado reclama, y las consecuencias se producen *a posteriori*, mediante una compensación reparadora, exigua y de la que la Administración cliente no es conocedora. Muchas veces ello se queda en una tutela individual que solo afecta tangencialmente a las empresas contratistas. No las golpea donde más les duele, esto es, en las posibilidades de contratar públicamente de nuevo. Y es que las prohibiciones de contratar para las empresas por incumplimientos de la rama social del derecho se ciñen esencialmente a tres supuestos:

- Sujetos que hayan sido sancionados por delitos de Seguridad Social y derechos contra las personas trabajadoras (art. 71.1 a) LCSP).
- Infracciones graves de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, extranjería, y las muy graves de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS)²¹ y la grave del artículo 22.2 de la LISOS (art. 71.1 b) LCSP).
- Personas que han incumplido determinadas normas sociales, con independencia de que hayan dado lugar o no a condenas penales o sanciones administrativas (art. 71.1 d) LCSP), por ejemplo, no estar al corriente de obligaciones de Seguridad Social, no cumplir el requisito del 2 % de personal con discapacidad, o no tener plan de igualdad.

Puede haber declaración de nulidad del contrato que hubiera vulnerado algunas de las prohibiciones legalmente establecidas y anteriormente señaladas. Sin embargo, buena parte de los incumplimientos más frecuentes, como no subrogar al personal o reducir las condiciones laborales, no están incluidos expresamente entre las prohibiciones de contratación. La prohibición de contratar para las empresas no queda afectada con una tutela judicial privada, esto es, por ejemplo, con una sentencia judicial sobre un despido improcedente por no haberse hecho efectiva la obligación de subrogación. Dicho de otra manera, aunque la acción judicial tenga éxito, el caso se queda en una sentencia judicial entre las partes, en una tutela privada, del trabajador/a o trabajadores/as que reclaman y las empresas incumplidoras.

Se puede aducir que, aunque no en el terreno de las prohibiciones de contratación, que es el más disuasorio para las empresas que se mueven en el apetecible nicho de mercado

²¹ Incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. La normativa es desarrollada por el Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de sanciones administrativas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales. Estas sanciones se harán públicas en el Boletín Oficial del Estado o en el de las comunidades autónomas de acuerdo con su respectivo ámbito competencial.

de la contratación pública, los incumplimientos laborales sí pueden tener efectos en otros aspectos. Por ejemplo, si se incumple el convenio colectivo sectorial por la empresa contratista, ello puede suponer la resolución de la contratación ya adjudicada ex artículo 211.1 i) de la LCSP, que señala como causa resolutoria:

El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.

Esta previsión está en la línea de la obligación de que, cuando un contrato público es adjudicado, la empresa contratista también ha de cumplir las obligaciones laborales y de Seguridad Social (art. 201.1 LCSP), exigiéndose el cumplimiento del conjunto del ordenamiento laboral²². Y, aunque de entrada, el artículo 201.1 de la LCSP no diferencia el alcance de la exigencia por razón de la gravedad o trascendencia del incumplimiento de la persona adjudicataria; sin embargo, las posibilidades de reacción de los órganos de contratación en los casos de incumplimientos resultan matizadas en atención a la gravedad, al aludirse a que los incumplimientos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las de los convenios que sea grave y dolosa pueden dar lugar a las penalidades del artículo 192, que deben ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento sin que puedan ser superiores al 10 % del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 % del precio del contrato. Por consiguiente, la posibilidad de resolver el contrato público, aunque teóricamente sería posible, es compleja en la práctica. Amén de que muchas veces la información sobre eventuales fraudes laborales después de la adjudicación difícilmente llegará al sobrecargado órgano de contratación.

Se puede aducir que, teóricamente, la información relativa al personal que queda adscrito al servicio adquirirá el carácter de obligación esencial para su cumplimiento y puede comportar penalidades en el caso de su incumplimiento (art. 76.1 LCSP). Nuevamente la imposición de penalidades en los pliegos en el supuesto de incumplimiento de la obligación de subrogación se prevé en el artículo 130.4 de la LCSP, pero dicho precepto a su vez se remite al artículo 192 que permite imponer penalidades de forma proporcional²³.

²² El artículo 8 b) del Acuerdo de materias concretas de la Comunidad Valenciana establece que la empresa adjudicataria de un servicio está obligada a cumplir la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales y estar al corriente de obligaciones de Seguridad Social y tributarias.

²³ Señala el artículo 192.1:

Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 % del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de estas superar el 50 % del precio del contrato.

La imposición de penalidades en los pliegos exige incumplimientos graves y dolosos, y también tiene una particular dinámica que parte de la intervención con carácter general de la representación (¿qué pasa si la empresa no la tiene?) y de la Administración subsidiariamente, pero solo si los incumplimientos alcanzan una cifra relevante.

Otro de los mecanismos previstos en la LCSP para evitar los incumplimientos laborales tampoco sirve. Me refiero a la acción directa contra la antigua empresa contratista por la nueva contratista contemplada en el artículo 130.5 de la LCSP, que es un precepto pensado para suplir una información defectuosa de la anterior contratista cuando los costes laborales son superiores a los informados y tratar de garantizar la indemnidad de la nueva contratista.

Finalmente, la retención de pagos prevista en el artículo 130.6 de la LCSP se ciñe a los impagos de salarios y cotizaciones. Esta retención, que obviamente toma como parámetro el ámbito objetivo de la responsabilidad por contratos de propia actividad del artículo 42 del ET, tiene, como ocurre en el precepto estatutario, un alcance limitado, pues solo se refiere a impagos de salarios y de cotizaciones, y no alcanza al supuesto más frecuente en la práctica, esto es, que unas personas trabajadoras no hayan sido subrogadas y reclamen por despido.

En conclusión, muchos incumplimientos laborales en la subrogación no afloran en la contratación pública, ni dañan las posibilidades de las empresas de ser adjudicatarias de nuevos contratos. Con ello el problema se retroalimenta (las empresas que incurren en conductas fraudulentas pueden hacer mejores ofertas, y es más probable que las contraten y la precariedad se extiende a las del sector, obligadas a competir con estas) y la Administración, a modo de Poncio Pilatos, se lava las manos, porque la normativa no la dota de instrumentos a estos efectos. Y es que, pese a que la normativa de contratación ha evolucionado y la vigente busca una contratación pública socialmente responsable, no todos los incumplimientos de la normativa laboral serán relevantes. Quizá por ello, el TACRC ha advertido, en alguna de sus resoluciones, que el órgano administrativo de contratación no es un juzgado laboral, ni la inspección de trabajo, ni la autoridad laboral; y que el ámbito natural para dirimir los incumplimientos laborales es la jurisdicción social. De modo que hay una «separación», en la que el órgano de contratación es «ajeno a las cuestiones entre el empresario saliente y el entrante y de estos con los trabajadores».

4. Casos de ejercicio abusivo o desviado del derecho de subrogación

Pero volvamos al tema de mantener las condiciones de trabajo y al problema no ya de asumir a las personas trabajadoras, sino si las condiciones con que se las asume son legales. Vivimos en el país del *Lazarillo de Tormes*, el *Buscón* o la *Celestina*, donde no por casualidad se produce a veces un uso desviado o abusivo de la institución subrogatoria, en

particular en casos de reversión. En este terreno, se pueden citar dos problemas clásicos en la subrogación de personal:

- De plantilla sobredimensionada.
- Con condiciones superiores a las habituales.

4.1. El incremento abusivo de la plantilla y la exclusión de la subrogación del personal con vínculos de parentesco

En cuanto a la plantilla sobredimensionada, la empresa que pierde una contrata y, por tanto, ve reducido su volumen de ingresos tiene un fuerte incentivo para aprovechar la situación y trasladar a aquel personal que le supone un mayor coste laboral a la nueva contratista. Como ya se ha advertido, el problema se acrecienta en las reversiones ante el sueño de acabar trabajando por la Administración, entrando por la puerta de atrás.

Las personas negociadoras de los convenios colectivos han sido conscientes del problema desde antiguo, por eso se exigía una antigüedad mínima para que operase la subrogación convencional o se establecía un porcentaje mínimo de plantilla. Estas cláusulas convencionales pueden plantear problemas en contrata que descansan esencialmente en la mano de obra, porque, en ese caso, la limitación de personal prevista en el convenio para las personas trabajadoras con poca antigüedad no podría aplicarse de manera que las limitaciones que haya establecido el convenio colectivo no puedan surtir efectos.

Por consiguiente, hecha esta matización que se predicaría exclusivamente de las contrata que descansan esencialmente en la mano de obra, las cláusulas negociales del resto de contrata que establecieran requisitos para la persona trabajadora estarían amparadas por la libertad que tienen los sujetos negociales en la autonomía colectiva²⁴. Y, en este sentido, una cuestión que puede plantearse es si algunas cláusulas son discriminatorias. Y es que también ha sido frecuente en los convenios colectivos la previsión de excluir la obligación de asumir al personal con vínculos de parentesco con la anterior contratista. Los tribunales han validado, en general, estas cláusulas²⁵ y no las han considerado discriminatorias²⁶,

²⁴ La STS de 17 de septiembre de 2012 (rec. 2693/2011) ha interpretado que «la subrogación se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación».

²⁵ Como excepción, Camps Ruiz (1993, p. 192) cita la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 de diciembre de 1983 (Ar. 10565), que rechazó la petición de la mercantil cesionaria de no asumir al hijo del propietario del 98 % de las acciones de la sociedad titular de la empresa transmitida, por entender que la relación no era laboral, sino de las contempladas en el artículo 1.3 e) del ET, sobre la base, simplemente, de que carecía «de sentido referirse a relaciones familiares con una persona jurídica».

²⁶ STSJ de Madrid de 1 de septiembre de 2005 (rec. 2363/2005).

o, más frecuentemente, las sentencias las han aplicado sin cuestionarlas, entendiéndolo, por ejemplo, que no es discriminatoria una cláusula del convenio que excluye de la subrogación al personal relacionado con la anterior contrata por vínculos de parentesco²⁷.

Pero volvamos al tema de qué ocurre si una empresa ha hinchado la plantilla antes de una subrogación cuando la misma es obligatoria. Un asunto interesante es el planteado a la JCCPE en el expediente 24/2020²⁸. El caso era el siguiente: el Ayuntamiento de Pelabravo tenía externalizado el servicio de limpieza y mantenimiento de zonas verdes del consistorio con un centro especial de empleo y cuando se pidió a la antigua contratista información sobre el personal a subrogar de acuerdo con el artículo 130 de la LCSP, el centro comunicó un número de personas adscrito notablemente superior al previsto, ya que solo los gastos de personal doblaban el importe del contrato público. El Ayuntamiento indicó en la solicitud de informe al órgano consultivo que, con esta plantilla hinchada, acaso la empresa perseguía evitar la concurrencia de empresas del sector de limpieza que no fueran centros especiales de empleo y deshacerse de personal en caso de subrogación. El supuesto es interesante, pues, como es sabido, el artículo 130.2 de la LCSP contiene una regla especial que establece que «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».

La junta consultiva concluyó que el número de personal subrogado correspondía determinarlo al Ayuntamiento en función de las necesidades «reales» del contrato, no a la empresa licitadora. La JCCPE fundamenta esta solución en tres argumentos. El primero, por entender que cada contrato administrativo tiene carácter autónomo y no está vinculado por los anteriores, por lo que no tienen que incluirse los mismos criterios de valoración y condiciones que en los pliegos anteriores. El segundo es el margen de discrecionalidad con que cuenta el órgano licitador para fijar las necesidades de personal. El tercer argumento es que la anterior contratista, al ampliar la plantilla, incumplió el pliego de prescripciones técnicas del anterior contrato, por lo que la posible irregularidad en la ejecución del contrato anterior no podía limitar el margen de determinación del órgano de contratación.

²⁷ Un ejemplo puede verse en la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre de 2018 (rec. 508/2018). En el caso, una cocinera trabajaba como fija discontinua en el comedor de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha. Se produjo el cambio de empresa contratista y la nueva empresa se negó a asumirla, entre otras cosas porque era hermana del anterior empresario adjudicatario del servicio. En instancia, inicialmente se estimó la demanda por despido, pero el tribunal consideró que no había obligación de asunción porque el convenio colectivo de empresas de restauración excluía la obligación de subrogar en estos casos, y que estos «trabajadores y trabajadoras no afectados por la subrogación empresarial seguirán vinculados con la empresa cedente a todos los efectos».

²⁸ <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2021/2020-024Pelabravo.pdf>

De esta posición se deriva que la Administración tiene ciertas facultades para, a través de su órgano de administración, fijar los medios personales que considere oportunos para su ejecución. La solución es impecable y razonable en el mundo de las ideas jurídicas, pero conduce a resultados insatisfactorios si se conecta con otras interpretaciones que hacen los tribunales del orden social. Los problemas a nuestro juicio son que todas las soluciones son insatisfactorias.

En primer lugar, ¿encontraría el Ayuntamiento de Pelabravo una empresa dispuesta a asumir al contrato? La limpieza viaria es una actividad que descansa en la mano de obra²⁹. La obligación de que la empresa entrante asuma al personal «necesario» puede quedar mutada si, como es previsible, este puede fácilmente constituir una asunción de una parte esencial de la plantilla, y en ese caso hay obligación de asumir también al resto o, al menos, hacer frente a los despidos y las indemnizaciones derivadas.

En segundo lugar, cabría la posibilidad de que fuera el Ayuntamiento el que asumiera la actividad de limpieza viaria, pero en ese caso, si hubiera una reversión, el problema es similar, con lo que para evitar el efecto de tener que subrogar a todo el personal, sobrepasando el presupuesto disponible y las necesidades de limpieza del consistorio, el equipo del Ayuntamiento podría tener la tentación de no asumir a ninguna persona trabajadora de la anterior empresa contratista³⁰. Y esta solución no parece muy adecuada en términos de estabilidad laboral ni de protección de personas trabajadoras con discapacidad.

Y, en tercer lugar, si se mantiene a la empresa contratista anterior, para que haga frente ella a las consecuencias de haber hinchado la plantilla, la solución tampoco es muy satisfactoria, porque en la consulta del Ayuntamiento planteada a la JCCPE se dejaba entrever que podía haber habido maniobras torticeras de dicha empresa. Y, con esta tercera solución, si se nos permite la expresión, la empresa que gestiona el centro especial de empleo se habría salido con la suya.

Por ello, quizá como apuntaba la JCCPE, la mejor vía de atajar estas prácticas de hinchar la plantilla es detectar el problema a tiempo, vigente el contrato administrativo cuando exista un incremento notable de la plantilla, para, en su caso, resolver el mismo ante conductas fraudulentas realizadas por la empresa. Sin embargo, como ocurre a veces, el derecho llega tarde, o, como diría el refranero más prosaicamente, «a toro pasado, todos somos Manolete».

²⁹ Así se ha declarado en la STS de 28 de enero de 2022 (rec. 4463/2019).

³⁰ Esto ocurrió en la anteriormente citada STS de 28 de enero de 2022 (rec. 4463/2019), en la que se reitera que el convenio sectorial de limpieza viaria y que contenía una cláusula de subrogación no resultaba de aplicación a un Ayuntamiento. Razón por la que habiéndose producido la reversión de la limpieza, que es una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra, pero no habiendo asumido a una parte esencial de la plantilla, no existía obligación de subrogar al personal de la empresa contratista saliente.

4.2. Cambios en las condiciones salariales pactadas anteriormente

Las subidas salariales en las contrataciones públicas siempre han planteado problemas porque se corre el riesgo de incrementar notablemente la masa salarial y las partidas presupuestarias destinadas a hacer frente a los gastos de personal con dinero de la ciudadanía. En este terreno, ha de partirse de una obvia distinción entre subidas externas y autosubidas o incrementos con sospecha de fraude.

4.2.1. Subidas del salario mínimo o del salario del convenio sectorial

Una de las cuestiones más problemáticas es la de la modificación del precio de la contratación, por el cambio en las tablas salariales aplicables al personal de las contrataciones. La doctrina laboral ya había apuntado que las reglas de la LCSP en materia de revisión de los precios de contratación administrativa no prevenían específicamente este problema en el vigente artículo 103 de la LCSP (Goerlich Peset y Nores Torres, 2019, p. 559). Sin embargo, no es tanto que no se haya previsto, sino que la norma administrativa ha optado en una formulación en negativo, siempre incómoda para juristas, por no establecer la actualización salarial como un factor que implique automáticamente modificar el precio del contrato. Con ello, seguramente se trataría de atajar algunas prácticas fraudulentas de conseguir la adjudicación del contrato y después pedir una modificación del precio sobre la base de una modificación del salario aplicable a las personas trabajadoras adscritas al contrato. Por otra parte, cabe tener en cuenta que la vigente LCSP ha optado también por la posibilidad prevista en el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE de que el precio o el coste no sea el único criterio de adjudicación para determinados tipos de contratos, como prevé el artículo 145.3 g) dedicado a los requisitos y clases de criterios de adjudicación y existe la obligación de evitar ofertas anormalmente bajas (art. 149 LCSP). En todo caso, la JCCPE ha distinguido entre incrementos salariales previstos y los hipotéticos³¹. Los primeros sí deben tenerse en cuenta por los poderes adjudicadores, por ejemplo, si el convenio sectorial de aplicación ya prevé un porcentaje de actualización salarial. En cambio, los incrementos no previstos aún, no podrán ser tenidos en cuenta.

Sin embargo, aparte de estas previsiones legales que pueden servir como prevención de elegir ofertas de empresas licitadoras muy a la baja, que luego pueden plantear problemas, diversos informes de órganos administrativos han afirmado que en el vigente marco legal no existe obligación de la Administración de asumir en el contrato público los incrementos salariales derivados de la negociación colectiva³². Y es que la modificación de los

³¹ Informe JCCPE 35/2019.

³² Por ejemplo, Informe 2/2021, de 12 de febrero, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (https://contratodeobras.com/images/JC_CAT_0002_2021.pdf), que concluye que:

pliegos es una prerrogativa del órgano de contratación, según establece el artículo 190 de la LCSP, que alude a ella «por razones de interés público». La Recomendación de la JCCPE de 10 de diciembre de 2018³³ fundamenta la no afectación del cambio del contrato en los siguientes argumentos: primero, el principio de inmutabilidad de los contratos públicos³⁴; segundo, la atribución al contratista del riesgo y ventura del contrato; tercero, que conforme al artículo 197 de la LCSP la revisión de precios está muy limitada en la LCSP; cuarto, que la modificación del contrato prevista en la mencionada ley se refiere al cambio del objeto del contrato, pero no de su precio; y, finalmente, que las variaciones en los salarios no serían un riesgo imprevisible tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia y que la empresa no sería ajena a tal variación.

La conclusión de la recomendación de la JCCPE es la no modificación del precio del contrato público, porque las variaciones del salario son «un riesgo propio de la ejecución del mismo, riesgo que el contratista debe soportar».

Es verdad, por otra parte, que el argumento de que la empresa podría no ser ajena a la variación de los salarios ha de ser revisado teniendo en cuenta que, en la reforma laboral del 2021, los convenios de empresa ya no tendrán primacía en la cuantía del salario (art. 84 ET). Por consiguiente, aunque no es exigible, sí es altamente conveniente que se tenga en cuenta que las subidas del salario mínimo legales o convencionales (en convenios sectoriales) repercutan en el precio del contrato por autoimposición razonable del pliego.

4.2.2. Subidas salariales con sospechas de fraude

La jurisprudencia ha dicho que la nueva mercantil no puede aducir que desconocía el carácter fraudulento de una condición pactada por la anterior empresa. A este respecto, existe una consolidada doctrina que impone la obligación de mantener las condiciones más

No procede la revisión de precios de un contrato motivada por el incremento sobrevenido de los costes salariales de las empresas contratistas derivados de la negociación colectiva, ni en el periodo de su duración inicial, ni en el de su prórroga.

³³ <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2018/Recomendaci%C3%B3n%2010-12-2018.%20Alteraci%C3%B3n%20convenio%20colectivo%20durante%20la%20ejecuci%C3%B3n%20del%20octo.pdf>

³⁴ Se señala:

Una vez firmado el contrato se aplica el principio clásico «pacta sunt servanda» conforme al cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos (arts. 1.091 y 1.258 del CC). Este principio ha sido unánime reconocido por la jurisprudencia (STS 5365/2013 y STS 10/12/1990, 06/11/1992 y 15/11/2000) y se refuerza en el caso de los contratos públicos mediante el establecimiento en nuestras leyes contractuales del principio de vinculación al contenido contractual (artículo 189 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público).

beneficiosas (por ejemplo, billetes de avión³⁵, o una mejora en un salario de una persona trabajadora³⁶). Sin embargo, las anteriores afirmaciones no deben conducir a entender que entonces hay que asumir sin más todas las condiciones pactadas anteriormente y tragar con todo lo que se haya acordado. Algún gabinete jurídico de la Comunidad Valenciana ha dado cuenta de que, por ejemplo, con la reversión de algún servicio sanitario se produjo la paradoja de que algunos facultativos/as de los centros revertidos cobraban salarios de 200.000 euros, muy por encima de los de funcionarios/as públicos dedicados a las mismas funciones. Ello arrojaba una fuerte sospecha de fraude y creaba agravios comparativos.

Los pactos de blindaje y las condiciones más beneficiosas han de tener objeto lícito. Las ilícitas no son legales y han de anularse. En el caso de que la subida o las condiciones se hayan hinchado artificialmente podemos estar ante conductas fraudulentas, contrarias al artículo 6.4 del Código Civil, por lo que determinadas cláusulas de blindaje pueden ser declaradas nulas si se aprecia abuso de derecho o fraude de ley o se incurre en autocontratación. La teoría es clara.

El problema es que el fraude de ley no se presume, es preciso probarlo y esto no siempre se consigue, porque hay que acreditar que se ha amparado en una conducta para obtener un resultado prohibido. Es decir, los tribunales reconocen, como no podía ser de otra manera, la posibilidad de descartar el efecto subrogatorio cuando se desbordan los límites racionales para evitar resultados abusivos, pero esta doctrina plantea dos obstáculos prácticos que difícilmente se pueden salvar en la mayoría de los casos.

El primero es que el concepto de los límites racionales del abuso de derecho o de condiciones «muy» –y no es casual el adverbio– superiores a lo habitual es indeterminado. Es extraordinariamente difícil determinar cuáles son estipulaciones normales y cuáles son mejoras muy sustanciosas establecidas con la única finalidad de que el contrato de trabajo continuase con el cesionario/a en condiciones muy superiores a las que estaba con la empresa cedente. Ello conduce a un callejón sin salida, excepto casos de fraude evidentes.

El segundo obstáculo, y está relacionado con lo anterior, es que los tribunales exigen una cumplida prueba, pero probar intenciones es una prueba casi diabólica. El fraude de ley no se presume, sino que debe probarse por quien lo invoca y esto no siempre se consigue

³⁵ En este sentido, puede verse el caso de la empresa Acciona Airport Services, SA, que se subrogó en las relaciones de trabajadores/as que prestaron servicios en Iberia LAE, SA. El personal reclamó el reconocimiento del derecho que tenía en su empresa de origen de disfrutar billetes de avión gratis o a precios reducidos frente a una compañía que no era una línea aérea.

³⁶ La STSJ de Castilla y León/Valladolid de 31 de enero de 2019 (rec. 1804/2018) reconoce el derecho a mantener mejoras que se tuvieran pactadas de un trabajador que tenía acordado un complemento de aproximadamente 300 euros y con independencia de las subidas salariales que se fueran produciendo en los convenios. Se declara el derecho a seguir cobrándolo con la nueva empresa.

porque hay que acreditar que se ha amparado en una conducta para obtener un resultado prohibido, pues difícilmente habrá una constancia expresa de la conducta maliciosa (aunque a veces sí aparecen cláusulas antisubrogación en los contratos de traspasar el negocio libre de personal, porque aunque estas no tienen ningún valor frente a las personas trabajadoras, sí pueden tenerlo en el orden civil para dirimir en las acciones de resarcimiento la empresa finalmente responsable de las indemnizaciones por despido). Es decir, los tribunales no tienen problemas para aplicar los efectos subrogatorios, cuando se ha tratado de soslayar este efecto³⁷, incluso aplicando una suerte de resurrección a la acción de despido, con el llamado «efecto Lázaro», para evitar que el transcurso del breve plazo de caducidad pueda frustrar el derecho a la subrogación³⁸. Sin embargo, es más complejo encontrar supuestos en los repertorios judiciales, en que se descarte el efecto subrogatorio por abuso de derecho, cuando se desbordan los límites racionales de las condiciones de subrogación en perjuicio de una tercera persona o del interés público. Si, por ejemplo, las condiciones más beneficiosas se han respetado por la anterior empresa durante un tiempo prudencial, estaremos ante un serio indicio de que se trata de una condición que ha de mantenerse.

Y ello, aunque en la Administración las condiciones más beneficiosas han sido miradas por recelo por la jurisprudencia, que alude a la «delicada aplicabilidad de las condiciones más beneficiosas»³⁹ que chirrían con los criterios objetivos de aplicación, que deben presidir las actuaciones de los poderes públicos, pero entre las excepciones a su existencia estarían las derivadas de una subrogación empresarial con obligación de mantener condiciones.

³⁷ STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 108/2013). Hay, por otra parte, un grupo de sentencias que estimó el fraude en los despidos colectivos del personal de los consorcios de las uniones territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico; entre ellas, la STS de 14 de febrero de 2014 (rec. 148/2013). Y la STS de 21 de mayo de 2014 (rec. 162/2013), en relación con la Agencia de Movilidad Valenciana, cuyas funciones administrativas pasaron a ser desempeñadas por la Conselleria de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Generalitat y por una entidad pública de nueva creación.

³⁸ En la STSJ de Galicia de 3 de noviembre de 2010 (rec. 3198/2010) se alude a este «efecto Lázaro», pero ciñe su aplicación a los cambios no transparentes, no cuando la transmisión de empresa ha sido transparente:

No niega la sala que, en determinados casos de sucesión de empresas, se ha admitido el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido con relación a la empresa entrante en el momento en el cual el trabajador efectivamente conoce de la existencia de la sucesión de empresas, y ello aunque frente a la empresa saliente se haya agotado ese plazo, dando lugar a una suerte de resurrección de la acción de despido –conocida, por ello, como efecto Lázaro–. Pero la aplicación de esa doctrina exige la existencia de maniobras de ocultación de la sucesión de empresa por la empresa entrante con la finalidad fraudulenta de caducar indebidamente las acciones de despido frente a la misma, de donde, en suma, la respuesta del ordenamiento jurídico debe ser aplicar la norma cuyas consecuencias se pretendían eludir –artículo 6.4 del Código Civil–.

³⁹ La doctrina tradicional habría entendido que el reconocimiento de las condiciones más beneficiosas tendría carácter excepcional en las Administraciones públicas (SSTS de 9 de septiembre de 2007, rec. 3474/2006; de 16 de febrero de 2009, rec. 1472/2008; de 18 de diciembre de 2015, rec. 25/2015; y de 10 de julio de 2018, rec. 2438/2016). Aunque existen pronunciamientos que las han admitido, por ejemplo, SSTS de 25 de junio de 2014 (recs. 1994/2012 y 1885/2013).

Ha de advertirse que también pueden producirse situaciones que comporten problemas para adecuar las reglas de conservación de las condiciones de trabajo derivadas de las normas sobre la transmisión de empresa a la normativa de contratación administrativa, por ejemplo, las normas sobre retribuciones del sector público, condiciones de altos cargos o jornada cuando el convenio que trae el personal subrogado tiene una jornada inferior a la prevista para el personal laboral de la Administración. En estos conflictos ha de prevalecer la directiva comunitaria sobre la normativa de contratación administrativa o la ley de presupuestos de acuerdo con el principio de jerarquía normativa⁴⁰.

Entonces, la única vía para homologar condiciones mantenidas durante un tiempo o eliminar condiciones más beneficiosas o cláusulas de blindaje, si estas se estiman perjudiciales para el interés público, es minorarlas o suprimirlas, pero siguiendo el procedimiento legal, previsto en el artículo 41 del ET, y teniendo en cuenta lo establecido en los convenios colectivos de las Administraciones públicas⁴¹. Las posibilidades de medidas de adaptación y gestión interna de las relaciones laborales de supresión o adaptación de condiciones han sido admitidas en alguna sentencia⁴². Y en el contexto actual han de ser objeto de una interpretación aún más amplia, sobre todo porque se ha eliminado la disposición adicional decimosexta del ET que habilitaba los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el sector público⁴³. En un contexto en el que se limitan las medidas de ajuste mediante despidos, han de posibilitarse medidas para homogeneizar condiciones de trabajo como contrapartida a la integración de entes públicos, y sobre todo cuando la adaptación permita reorganizar los servicios públicos a las necesidades de la ciudadanía y eliminar privilegios injustificados (por ejemplo, salarios muy por encima de lo que perciben trabajadores/as o funcionarios/as que realizan un trabajo de igual valor).

4.2.3. Subidas acordadas en un convenio colectivo de empresa previas a la subrogación

Las subidas acordadas en convenio colectivo son particularmente complejas. En ocasiones, próximo un cambio de contratista o una reversión, se producen subidas salariales

⁴⁰ En esta posición, Goerlich Peset (2021).

⁴¹ *Vid.* artículo 20 del Convenio colectivo de la Administración General del Estado de 2020.

⁴² STSJ de Aragón de 14 de febrero de 2014 (rec. 55/2014), en un caso de supresión de una condición más beneficiosa. O STSJ de Madrid de 17 de julio de 2013 (rec. 2744/2012), que admite la eliminación de complementos salariales por dejar de desarrollar funciones como consecuencia de una integración en el sector público.

⁴³ Esta disposición contenía la regulación de un despido colectivo en el sector público. El apartado 3 de la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 3/2012 ha eliminado la mencionada disposición y ello ha abierto la polémica sobre si dicha derogación equivale a la eliminación de la posibilidad de despidos en el sector público o bien que dicha derogación supondría encauzar el despido por las causas previstas en el artículo 51 del ET. En este último sentido, Ramos Moragues (2022).

en convenios de empresa. Un ejemplo fue el de la reversión del Hospital de Torrevieja en la Comunidad Valenciana. La Conselleria de Sanidad anunció oficialmente (en octubre de 2020) el final de la prórroga a la empresa Ribera Salud –concesionaria del Departamento de Salud de Torrevieja– y el paso a la gestión pública a partir del 15 de octubre, cuando vencía el contrato. El problema que saltó a la prensa es que, en el convenio colectivo de tránsito, se había fijado una subida salarial del 5 % para todo el personal. Esta subida se pactó antes del comienzo del periodo inflacionista que se produjo desde finales de 2021. En julio de 2020 la empresa y los sindicatos firmaron un convenio con una duración hasta el 31 de diciembre de 2021 e incrementos retributivos en el salario base del 3 % que si se daban las condiciones podían llegar al 5 %. Además, el convenio preveía que pasasen a ser indefinidos del 88 al 93 % de la plantilla, según detalló la prensa. La Conselleria de la Comunidad Valenciana adujo que estos incrementos pactados poco antes de la reversión perjudicarían gravemente a la Conselleria y obligarían a incrementar los gastos de personal por encima de lo permitido por la norma estatal básica. La Conselleria no podía, al no ser parte, denunciar el convenio, e instó a la empresa saliente a que efectuase la denuncia o, en caso contrario, reclamaría una responsabilidad por los daños y perjuicios que se causarían.

Como se ha advertido, resulta difícil encontrar precedentes judiciales de fraude en subidas en los convenios previas a una subrogación. Uno de estos pocos casos es la STSJ de Navarra de 19 de julio de 2005 (rec. 59/2005). En el supuesto de autos se acreditó que, poco antes de producirse el vencimiento de una concesión, la empresa concesionaria saliente suscribió un convenio de empresa mejorando las condiciones vigentes con anterioridad. La nueva concesionaria impugnó ese acuerdo por considerar que había sido firmado con la finalidad de perjudicar a quien entrara en esa posición. El pronunciamiento reconoció que «pueden producirse actuaciones fraudulentas que establezcan condiciones de trabajo superiores con la única finalidad de gravar al empresario entrante o de dificultar las ofertas competitivas al vencimiento de la concesión y la contra». Pero, a continuación, consideró que el fraude de ley no puede presumirse y desestimó la pretensión.

En conclusión, el fraude en los casos de acuerdos pactados es muy difícil de acreditar, pero no imposible. A nuestro juicio, podrían valorarse como elementos para crear un panorama indiciario tales como la proximidad temporal entre las «maniobras» y la sucesión de empresa o el hecho de que las subidas del convenio estén otorgando salarios muy por encima del sector o de los que cobran profesionales que han accedido a la plaza de acuerdo con principios de igualdad, mérito y capacidad.

Ahora bien, hay varios elementos que pueden caminar en contra de la pretensión de declarar nulo un convenio o una parte de este. El primero es que la jurisprudencia ha generalmente validado los pactos, y solo en casos muy claros ha considerado acreditado el fraude por el contenido material del convenio⁴⁴. El segundo es que en los casos

⁴⁴ Aunque hay algún caso, como la Sentencia de la Audiencia Nacional 52/2019, de 8 de abril, en el que se anuló un convenio colectivo por considerar su contenido en fraude de ley.

donde se alega fraude en un acuerdo hay un elemento que los órganos judiciales suelen tener en cuenta y es si ha intervenido una autoridad administrativa (registro, depósito y publicación del convenio) o judicial, por ejemplo, en materia de despidos colectivos, si ha intervenido el juzgado mercantil o si el despido colectivo finaliza con acuerdo de la representación del personal. Aunque como siempre ocurre, no existen reglas generales y no siempre que concurra intervención de la autoridad administrativa se excluye automáticamente el fraude⁴⁵.

Por otra parte, las condiciones pactadas en convenio colectivo no pueden ser objeto de modificación sustancial de condiciones de trabajo siguiendo el procedimiento del artículo 41 del ET, sino solo por la vía de la inaplicación de convenios prevista en el artículo 82 del ET⁴⁶ o por la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo. En el caso de una subrogación, los trabajadores/as pasan con su convenio y tienen derecho a mantenerlo hasta que entre en vigor uno nuevo. También cabría acuerdo de homogeneización con la representación o pactar la inaplicación del convenio colectivo cuando este deje de estar vigente. Por estas vías, se podría conseguir suprimir condiciones pactadas en convenios colectivos. En este sentido, en los repertorios judiciales existen precedentes de eliminación de beneficios cuando estos se preveían en un convenio colectivo anterior y entró en vigor un nuevo convenio colectivo en la entidad transmitida que no los contenía⁴⁷.

Sin embargo, la supresión de condiciones en un nuevo convenio, aunque en teoría posible, plantea generalmente tres obstáculos.

Primero, que se exige acuerdo con la representación del personal laboral.

Segundo, que el régimen de ultraactividad no favorece que desaparezcan las mejoras o que los convenios se negocien a la baja.

Y, tercero, en el caso particular de las reversiones, ha de tenerse en cuenta que los convenios colectivos en el ámbito de las Administraciones públicas no son sencillos de negociar, como lo evidencia que suelen tener cierta antigüedad.

⁴⁵ En este sentido, cabe citar la STS de 26 de junio de 2014 (rec. 219/2013), donde se consideró que existió un fraude a pesar del informe favorable de la Inspección de Trabajo a la decisión extintiva realizada por la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid por entender que el despido colectivo tenía la finalidad de evitar la subrogación de los trabajadores/as.

⁴⁶ A este respecto, ha de tenerse en cuenta que, de aplicarse este precepto en un caso de subrogación, ha de respetarse el plazo de 1 año desde el traspaso a que hace mención el artículo 3.3 de la Directiva 2001/23/CE.

⁴⁷ SSTSJ de Galicia de 16 de mayo de 2016 (rec. 4845/2015) y de 27 de septiembre de 2017 (rec. 1372/2017) –Unión Fenosa, Gas Natural–, dictadas en relación con beneficios sobre la luz, en algún caso donde los trabajadores/as tenían derecho a una tarifa eléctrica gratuita.

5. Cambios objetivos: reducción o división de la contrata

Un tercer grupo de problemas puede aparecer cuando la contrata que sustenta las relaciones laborales ha sufrido cambios. Los cambios pueden ser muy variados, por ejemplo, ampliar el objeto de la actividad encargada. Pero los mayores problemas se producen generalmente cuando se reduce la contrata o se divide entre varias empresas.

Los tribunales administrativos de contratación ya han señalado que no existe obligación de calcular el coste de un contrato administrativo incluyendo la totalidad del coste del personal subrogado cuando una Administración efectúe un redimensionamiento del personal necesario para desarrollar el contrato, es decir, el problema respecto a las personas trabajadoras cuando no resultan necesarios todos los efectivos personales se traslada a las empresas contratistas que asumen este contrato⁴⁸.

En el orden social, el TS ha venido estableciendo la siguiente doctrina en el caso de reducción de una contrata cuando hay obligación de subrogar: la empresa contratista entrante debe asumir a todas las personas trabajadoras destinadas a la contrata, pero luego puede

⁴⁸ Informe de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid 1/2021, de 18 de febrero, sobre la determinación del presupuesto de licitación cuando el adjudicatario del contrato debe subrogarse en determinadas relaciones laborales. En esencia, apunta el informe que en el supuesto de que, al licitar un contrato, la Administración efectúe un redimensionamiento del personal existente en el anterior contrato, al considerar que no resultan precisos en el nuevo contrato todos los efectivos personales del anterior y, por tanto, el número de personas a subrogar es mayor que el personal necesario para prestar el servicio objeto de licitación, la nueva empresa adjudicataria tiene el deber de subrogarse en la totalidad de la plantilla que comunica la mercantil saliente. No obstante, una vez que las cuatro personas subrogadas pasen a formar parte de la plantilla de la nueva empresa, esta podrá adscribir las o no al correspondiente contrato o a cualquier otra actividad y establecer sus condiciones de trabajo, dentro del ámbito de la facultad de dirección empresarial. En este sentido se pronuncia el TACRC en su Resolución 189/2020:

Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales, pero no necesariamente de las horas ni del personal que lo venía prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones. [...] no puede estimarse que el coste del contrato administrativo deba incluir la totalidad del coste que los trabajadores subrogados puedan suponer para la empresa adjudicataria. Las horas de prestación de servicios de dichos trabajadores subrogados que no deban emplearse en la ejecución del contrato administrativo deben ser gestionadas por las empresas empleadoras, que asumen el riesgo y ventura del negocio que gestionan. Evidentemente, la Administración no debe asumir el coste de horas de trabajo no necesarias para la prestación del servicio que se contrata.

Abunda en esta idea el TACRC (Resolución 184/2020) al manifestar que:

La subrogación de trabajadores no implica el traslado mimético de los costes de la plantilla existente a la nueva contrata, que supondría esclerotizar la contratación administrativa independientemente de las necesidades concretas de la Administración en cada momento en contra del principio de eficiencia y los principios de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1.1 de la LCSP.

despedir al personal que no necesita⁴⁹. No se olvide que la reducción del número de horas de trabajo o de efectivos es causa productiva. En este sentido, se ha señalado que:

[...] la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (STS de 7 de junio de 2007, rec. 191/2006; reiterada en jurisprudencia posterior)⁵⁰.

Lo que no es admisible es que directamente se rescindan los contratos del personal subrogado, sin acudir al despido por causas objetivas o colectivas⁵¹.

Otro de los casos donde las transformaciones del contrato público generan más problemas es el supuesto en que la contrata sobre la que se basa la transmisión se fragmente o divida. En los casos en que haya de operar la subrogación no está claro cómo «partir» las relaciones laborales que antes desarrollaban su actividad para una empresa contratista y que por mor de la transmisión de empresa han de quedar adjudicadas no a una empresa sino a varias. Es un problema que se plantea mucho en el ámbito de la contratación pública, donde a veces por decisiones políticas o por otros motivos se producen reducciones o divisiones de las contrata. Aunque pueden existir casos en el sector privado, son muchos menos. La pregunta del millón es ¿qué se hace con las personas

⁴⁹ STS de 8 de enero de 2019 (rec. 2833/2016). En un caso de disminución del servicio contratado de vigilancia, la nueva empresa contratista de un banco rechazó subrogarse en el trabajador por la disminución de las horas de vigilancia. La sentencia recurrida consideraba que la nueva empresa adjudicataria tenía como única alternativa acudir al despido objetivo del personal sobrante y, al no haber procedido así, el despido del trabajador era improcedente. Se adujo como sentencia de contraste una sentencia del TS donde se admitía sobre la base de lo dispuesto en el artículo 14 del convenio que la obligación de la empresa entrante de subrogar al personal pudiera verse atenuada por una reducción de la contrata. El TS primero recordó la doctrina establecida sobre que la reducción de la contrata no excusaba la obligación de la empresa entrante de subrogar y que, aunque el artículo 14 del convenio contemplaba una exención de subrogación cuando la contrata se reducía, ello se exceptionaba si se acreditaba que la contrata se había ampliado. Y en el caso, una misma empresa del grupo vio ampliada la contrata para una labor de vigilancia efectuada por personal conserje. Es interesante señalar que la sentencia atribuyó la carga de probar que no había habido una asunción de una parte esencial de la plantilla.

⁵⁰ Entre otras, STS de 9 de enero de 2019 (rec. 108/2018).

⁵¹ Entre otras, la STS de 10 de enero de 2017 (rec. 1077/2015), que señala:

[...] la reducción de la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior y que en caso de dificultades para cumplir ese deber no permiten la rescisión del contrato por fin del mismo, o por terminación de la obra, sino que solo cabe acudir a la vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por la vía del art. 41 ET.

trabajadoras? Al respecto, se habrían teorizado diferentes soluciones, desde que no cabría aplicar la subrogación porque habría cambiado la naturaleza del contrato administrativo que sustentaba las relaciones laborales, que fuera la empresa contratista saliente la que se hiciera cargo del personal, y en su caso de los despidos, que los asumiese por entero la empresa entrante a la que correspondiese más porcentaje (en horas o en actividad) del contrato administrativo o que los asumiesen las nuevas empresas que entren de forma proporcional.

La postura por la que se ha apostado a nivel de la jurisprudencia internacional es la tercera. En la STJUE de 26 de marzo de 2020 (asunto C-344/2018), se resolvió un caso en el que una empresa contratista tenía adjudicados el contrato de limpieza y mantenimiento de los edificios de un ayuntamiento belga, repartidos en tres lotes. En el momento de la renovación de la contrata, no se seleccionó la oferta de la contratista original sino las efectuadas por otras dos empresas, una de las cuales se adjudicó dos lotes (85 % del anterior contrato) y la otra el 15 % restante. La directora del proyecto fue despedida y demandó a las tres empresas. En instancia, el órgano judicial desestimó su pretensión al considerar que no estaba protegida por las normas comunitarias sobre transmisión de empresa. El tribunal ante el que se recurrió entendió que sí, pero planteó cuestión prejudicial sobre la forma de producirse la subrogación. El TJUE afirmó que debía aplicarse la directiva, pero que no cabía imponer la continuidad del contrato a una sola de las empresas contratistas, porque ello supondría ampliar sus obligaciones más allá de las que derivan de la transmisión, pues asumiría un contrato a tiempo completo cuando «el trabajador únicamente ejerce para él funciones a tiempo parcial». La sentencia, con mucha sorna ha dicho Goerlich Peset (2020) que de forma «ufana», autocalifica su solución como la más equilibrada, pero el autor critica el pronunciamiento señalando que, a diferencia de la historia bíblica donde con una partición se solventaban los problemas, la solución es insatisfactoria, pues «desde la perspectiva empresarial, en según qué casos, el nuevo contrato a tiempo parcial puede carecer de toda utilidad». Otro elemento de crítica es que el TJUE le deja la patata caliente al órgano judicial nacional sobre cómo efectuar la parcelación de un contrato a tiempo completo con varios contratos a tiempo parcial con diferentes empresas. A estos efectos, la sentencia indica que el órgano judicial habrá de valorar la entidad económica de los lotes, el tiempo necesario para atenderlos o declarar que puede resultar imposible dividir el contrato. Y, en los casos en que sea imposible, el tribunal dice que la resolución del contrato de trabajo será imputable a la empresa cesionaria.

En nuestro ordenamiento, se ha admitido jurisprudencialmente la subrogación por porcentajes de jornada (STS de 1 de junio de 2012, rec. 1630/2011), entendiendo que la negativa empresarial a cumplirlos implicaría un despido improcedente (entre otras, en doctrina de duplicación, la STSJ de Andalucía/Málaga de 3 de noviembre de 2015, rec. 1679/2015). La situación es similar cuando los trabajadores/as no estaban adscritos con exclusividad a una contrata, donde la jurisprudencia ha entendido que debe aplicarse la subrogación parcial en el contrato de trabajo de la persona trabajadora afectada en proporción a la jornada realizada en el centro o contrato que cambia de entidad prestadora del servicio,

manteniendo el resto de jornada con la empresa saliente; o si hay una división de la concesión, se habrá de proceder también a la distribución de la jornada en proporción al tiempo de trabajo prestado en cada servicio subdividido⁵². En este terreno, es muy importante delimitar a qué contrata estaba adscrita una persona trabajadora antes de los cambios en los lotes. Los tribunales exigen un análisis de las circunstancias concurrentes, de manera que si las personas trabajadoras realizan labores de forma integral para diferentes contrata y no está claro exactamente a qué contrata están adscritas, no cabe la subrogación y deben permanecer con la empresa cedente, que puede extinguir los contratos por causas objetivas. En un sentido similar, si el personal está en servicios comunes o departamentos centrales atendiendo a varias contrata, se ha defendido que debe quedarse con la empresa cedente⁵³.

Si la persona trabajadora se queda con la antigua empresa o pasa a la nueva y se ha reducido la contrata, la mercantil cuenta con una causa productiva para proceder a una modificación sustancial de condiciones de trabajo por la vía del artículo 41 del ET, aunque esta operación se ha cuestionado en la doctrina cuando suponga una reducción del tiempo de trabajo que implique la transformación de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial, pues dicha mutación requeriría el consentimiento de la persona trabajadora (art. 12.4 e) ET). Lo que ha dejado claro la jurisprudencia es que ello no constituye un despido parcial⁵⁴, pues no es posible tal concepto.

6. Conclusiones

Ante el anuncio de una reversión o de un cambio de empresa contratista pueden incrementarse exponencialmente las situaciones de fraude con y por la subrogación: hinchar plantilla, salarios, condiciones más beneficiosas acordadas por encima de parámetros normales, etc. Dentro de la multitud de problemas que plantea la subrogación de personal en el ámbito de las Administraciones públicas, se han seleccionado tres supuestos conflictivos.

En primer lugar, se han abordado casos donde se producen ilegalidades claras en la subrogación de personal, pero en los que, no obstante, las soluciones que ofrece la legislación en materia de contratos públicos no son, a nuestro juicio, del todo satisfactorias. De

⁵² STS de 18 de septiembre de 2000 (rec. 2281/1999), en la que se admitió que el trabajador, vigilante de seguridad en un banco, pasara a estar subrogado en un 85 % de la jornada para la nueva contratista y en un 15 % para la contratista saliente.

⁵³ En este sentido, Yagüe Blanco (2021, p. 384), quien apoya su tesis en la cita de una serie de sentencias del Tribunal Central de Trabajo y en la STS de 30 de octubre de 1987.

⁵⁴ Vid. STS de 7 de abril de 2000 (rec. 1746/1999), en relación con la reducción a una limpiadora de la empresa Eulen, que había prestado servicios de limpieza en la comisaría de policía de Santander, de su jornada a 12 horas, que excluye que este cambio fuera un despido parcial.

entrada, la normativa obliga a informar al órgano licitador de las condiciones de subrogación, pero el hecho de que la extensión cuantitativa y cualitativa de la obligación de información de la Administración no siempre esté clara y que, en la práctica, esta se haga depender en gran medida de la información suministrada por la empresa saliente conduce a que esta no sea siempre fidedigna. En muchos casos, producido el fraude, las tutelas se activan solo si las personas trabajadoras afectadas reclaman, y las consecuencias se producen *a posteriori*, mediante una compensación reparadora, exigua y de la que la Administración cliente no es conocedora. Muchas veces ello se queda en una tutela individual que solo afecta tangencialmente a las empresas contratistas. No las golpea donde más les duele, esto es, en las posibilidades de contratar públicamente de nuevo.

Un segundo apartado se ha dedicado a supuestos donde se puede producir un fraude de ley y un ejercicio abusivo de derechos con la propia subrogación, en supuestos tales como: qué pasa con las empresas que antes de perder una contrata realizan contrataciones por encima de los parámetros usuales, o se producen subidas de salarios antes del cambio de contratista o de una reversión, o qué ocurre con las cláusulas de subrogación que excluyen a personas trabajadoras que tengan vínculos familiares con la antigua empleadora persona física o con los socios que tengan el control de la empresa persona jurídica, si esta es la forma jurídica en la que se instrumenta la empresa. Ha de advertirse que también pueden producirse situaciones que comporten problemas para adecuar las reglas de conservación de las condiciones de trabajo derivadas de las normas sobre la transmisión de empresa a la normativa de contratación administrativa, por ejemplo, las normas sobre retribuciones del sector público, condiciones de altos cargos o jornada cuando el convenio que traen las personas trabajadoras subrogadas tiene una jornada inferior a la prevista para el personal laboral de la Administración.

El tercer grupo de problemas que se han abordado son los supuestos en que se producen cambios en las condiciones de trabajo del personal subrogado, pero por causas, permítanos la expresión, «objetivas», porque el órgano de contratación impone una reducción de efectivos u horas o una división en lotes de la contrata. Los tribunales administrativos de contratación ya han señalado que no existe obligación de calcular el coste de un contrato administrativo incluyendo la totalidad del coste de las personas trabajadoras subrogadas cuando una Administración efectúe un redimensionamiento del personal necesario para desarrollar el contrato, es decir, el problema respecto a las personas trabajadoras cuando no resultan necesarios todos los efectivos personales se traslada a las empresas contratistas que asumen este contrato.

Referencias bibliográficas

- Camps Ruiz, L. M. (1993). *Régimen laboral de la transmisión de empresa*. Tirant lo Blanch.
- Goerlich Peset, J. M. (15 de julio de 2020). ¿Puede la transmisión de empresa implicar la novación de un contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial? *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/puede-la-transmision-de-empresa-implicar-la-novacion-de-un-contrato-a-tiempo-completo-en-contrato-a-tiempo-parcial-2/>
- Goerlich Peset, J. M. (9 de noviembre de 2021). Situación de los trabajadores en caso de reversión. ¿Cuándo pueden cambiar las condiciones de trabajo? En especial condiciones laborales del personal a extinguir. [Vídeo]. En A. Todolí Signes, *Argumentos en Derecho Laboral*. <https://adriantodoli.com/2021/11/09/videos-de-las-ponencias-de-jornada-sobre-subrogacion-de-trabajadores-en-la-contratacion-publica/>
- Goerlich Peset, J. M. y Nores Torres, L. E. (2019). Descentralización en el sector público y condiciones de trabajo: pliegos administrativos y cláusulas sociales. En A. A. Blasco Pellicer y M. López Balaguer (Dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público* (pp. 559-604). Tirant lo Blanch.
- Ramos Moragues, F. (2022). Incidencia de la reforma laboral en el empleo público. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, 142-155. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6645>
- Yagüe Blanco, S. (2021). *Aspectos jurídico-laborales de la reversión de contratistas públicas: la integración de los trabajadores a la luz del derecho constitucional y del derecho europeo*. (Tesis doctoral). Universitat de València.

