

## Estudios

- Convenio colectivo aplicable y supuesto de reversión de servicios públicos  
*Applicable collective agreement and reversal supposition of public services*  
 FRANCISCO VILA TIerno / MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO ..... 6-19
- Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas desde la Ley 9/2017  
*Multiservice companies in the public sector: news incorporated since Law 9/2017*  
 SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO ..... 20-40
- La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo  
*Reversion by the administration of the contracts: perspective from the labor law*  
 JUAN GORELLI HERNÁNDEZ ..... 41-60
- Fortalezas, debilidades y oportunidades de la política de gestión diferenciada de residuos para grandes generadores del área metropolitana de Buenos Aires (2013-2017). ¿Promoción del reciclaje inclusivo o más de lo mismo?  
*Strengths, weaknesses and opportunities of the waste management policy oriented to the big generators of the metropolitan area of Buenos Aires (2013-2017). Promotion of inclusive recycling or more of the same?*  
 FAUSTINA SARANDÓN / PABLO JAVIER SCHAMBER ..... 61-79
- Transparencia en tiempos de incertidumbre. Avances en la CELAC 2014-2017  
*Transparency in times of uncertainty. Advances in the CELAC 2014-2017*  
 IRMA JARA ÍÑIGUEZ / JENNY CEDEÑO ALCÍVAR (ECUADOR) ..... 80-93
- Valoración de la formación del profesorado: comparativa entre autoformación y formación presencial  
*Assessment of teacher training: comparison between self-training and face-to-face instruction*  
 CARMEN ANEAS-NOVO / JOSÉ SÁNCHEZ-RODRÍGUEZ / ENRIQUE SÁNCHEZ-RIVAS ..... 94-108
- ¿Qué factores aumentan la aprobación al gobierno en un proyecto de infraestructura urbana? La construcción de la Línea 3 del Tren Ligero en el Área Metropolitana de Guadalajara, México  
*Which factors improve public acceptance of government in an urban infrastructure project? Building the Line 3 of the Light Rail in Guadalajara Metropolitan Area, Mexico*  
 FERNANDO CALONGE REILLO ..... 109-124

## Experiencias y casos

- Evaluación integral de la política pública de vivienda de interés social en Bogotá, 2008-2016  
*Comprehensive assessment of the public social interest housing policy in Bogota, 2008-2016*  
 MAYRA ALEJANDRA LOZANO RODRÍGUEZ / HERNÁN DARÍO ENRÍQUEZ SIERRA ..... 125-149



# GAPP

Número **21**  
**Nueva época**  
Mayo-Octubre, **2019**

Gestión y Análisis de Políticas Públicas



ISSN: 1989-8991  
DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/gapp.v0i21>  
[www.inap.es](http://www.inap.es)  
<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP>

**Directora del INAP:** María Isabel Borrel Roncalés  
(Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado)

**Director de la Revista:** José Antonio Olmeda Gómez

Catedrático de Ciencia Política y de la Administración  
(Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED)

**Coordinación:**  
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

**Redacción y administración:**  
Atocha, 106, 28012 Madrid  
Tel.: 91 273 91 62  
correo electrónico: [revistagapp@inap.es](mailto:revistagapp@inap.es)

**Edita:** Instituto Nacional de Administración Pública  
ISSN: 1989-8991  
NIPO: 278-19-014-X  
Depósito legal: M-39.657-1994

Catálogo general de publicaciones oficiales:  
<https://publicacionesoficiales.boe.es/>

## CONSEJO DE REDACCIÓN

**Director:** Jose Antonio Olmeda Gómez, UNED, España

**Vocales:** Miquel Salvador Serna, Universidad Pompeu Fabra (España). Laura Román Masedo, Universidad de la Coruña (España). Antonio Natera Peral, Universidad Carlos III (España). Juan Ignacio Criado Grande, Universidad Autónoma de Madrid (España). César Colino Cámara, UNED (España). Carmen Alemán Bracho, UNED (España). Xavier Ballart Hernández, Universidad Autónoma de Barcelona (España). Nieves Saniger Martínez, Universidad de Granada (España). Miguel Anxo Bastos Boubeta, Universidad de Santiago de Compostela (España). Lourdes López Nieto, UNED (España).

**Secretario:** Jose Manuel Ruano de la Fuente, Universidad Complutense de Madrid (España).

**Vicesecretario:** Alfonso Fernández Burgos, Jefe del Servicio de Publicaciones del INAP (España).

## CONSEJO ASESOR

Javier Quintana Navío, Fundación Internacional para Iberoamérica de Administración Pública (España). Ana María Ruiz Martínez, AEVAL Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (España). Gregorio Montero Montero, CLAD (México). Enrique Cabrero Mendoza, CIDE-Centro de Investigación y Docencia Económicas-México-Toluca (México). Rafael Catalá Polo, Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado (España).

**GAPP** es la revista pionera y más significativa en España dentro de su especialidad. Editada por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), desde sus comienzos, en 1994, se ha distinguido por impulsar los estudios interdisciplinares en la materia y el análisis de experiencias y casos de especial interés para los profesionales de las administraciones públicas. Con ello ha contribuido a dinamizar el debate sobre los modelos teóricos y empíricos de gestión pública, así como sobre los procesos de transformación de los escenarios de acción gubernamental. A partir del año 2009 ha emprendido una Nueva Época, buscando un mayor impacto y proyección internacional. No obstante, fiel a sus señas de identidad, continúa persiguiendo los objetivos de potenciar la reflexión analítica en el campo de las políticas públicas y de priorizar la aplicabilidad y utilidad de los estudios sobre las mismas. **GAPP** es una publicación de periodicidad semestral (mayo-noviembre) editada en formato digital que asume los criterios de exigencia aplicados en aquellas revistas que gozan de máximo reconocimiento internacional, empezando por la selección (mediante el protocolo del Open Journal System para la evaluación anónima por pares) de trabajos originales y conformes a las directrices para autores. En la evaluación participan revisores externos nacionales e internacionales ajenos al Consejo de Redacción y al INAP.



**GAPP** se publica bajo bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

## Sumario

### Table of contents

#### Estudios

Convenio colectivo aplicable y supuesto de reversión de servicios públicos <i>Applicable collective agreement and reversal supposition of public services</i> FRANCISCO VILA TIERNO / MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO .....	6
Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas desde la Ley 9/2017 <i>Multiservice companies in the public sector: news incorporated since Law 9/2017</i> SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO .....	20
La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo <i>Reversion by the administration of the contracts: perspective from the labor law</i> JUAN GORELLI HERNÁNDEZ .....	41
Fortalezas, debilidades y oportunidades de la política de gestión diferenciada de residuos para grandes generadores del área metropolitana de Buenos Aires (2013-2017). ¿Promoción del reciclaje inclusivo o más de lo mismo? <i>Strengths, weaknesses and opportunities of the waste management policy oriented to the big generators of the metropolitan area of Buenos Aires (2013-2017). Promotion of inclusive recycling or more of the same?</i> FAUSTINA SARANDÓN / PABLO JAVIER SCHAMBER .....	61
Transparencia en tiempos de incertidumbre. Avances en la CELAC 2014-2017 <i>Transparency in times of uncertainty. Advances in the CELAC 2014-2017</i> IRMA JARA ÍÑIGUEZ / JENNY CEDEÑO ALCÍVAR (ECUADOR) .....	80
Valoración de la formación del profesorado: comparativa entre autoformación y formación presencial <i>Assessment of teacher training: comparison between self-training and face-to-face instruction</i> CARMEN ANEAS-NOVO / JOSÉ SÁNCHEZ-RODRÍGUEZ / ENRIQUE SÁNCHEZ-RIVAS .....	94
¿Qué factores aumentan la aprobación al gobierno en un proyecto de infraestructura urbana? La construcción de la Línea 3 del Tren Ligero en el Área Metropolitana de Guadalajara, México <i>Which factors improve public acceptance of government in an urban infrastructure project? Building the Line 3 of the Light Rail in Guadalajara Metropolitan Area, Mexico</i> FERNANDO CALONGE REILLO .....	109

#### Experiencias y casos

Evaluación integral de la política pública de vivienda de interés social en Bogotá, 2008-2016 <i>Comprehensive assessment of the public social interest housing policy in Bogota, 2008-2016</i> MAYRA ALEJANDRA LOZANO RODRÍGUEZ / HERNÁN DARÍO ENRÍQUEZ SIERRA.....	125
--	-----

## Recensiones

Dussauge Laguna, Mauricio I. y Pardo, María del Carmen (eds.), *De los modelos a los instrumentos de reforma administrativa*

Dussauge Laguna, Mauricio I. & Pardo, María del Carmen (pubs.), *De los modelos a los instrumentos de reforma administrativa*

EDUARDO TORRES ALONSO ..... 150

**Autores** ..... 153



## Convenio colectivo aplicable y supuesto de reversión de servicios públicos<sup>1</sup>

### *Applicable collective agreement and reversal supposition of public services*

Francisco Vila Tierno  
Universidad de Málaga (España)  
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5718-4160>  
fvila@uma.es

#### NOTA BIOGRÁFICA

Francisco Vila Tierno es Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga, con una larga trayectoria como Magistrado (supl.) del TSJA, Administrador de la UNED en Málaga, Director del Título de Experto en Derecho del Trabajo en la UNIA, Codirector del Foro Social Aranzadi en Málaga e Investigador Principal en distintos Proyectos y contratos de investigación, entre ellos, el financiado por el INAP en el que se enmarca esta publicación. Su trayectoria profesional, académica e investigadora le han supuesto el reconocimiento de premios por su actividad, tramos de investigación y una participación continua y constante en Jornadas y Congresos en Universidades de prestigio, destacando su extensa relación con los centros de investigación italianos. Su labor se ha reflejado, además, en más de un centenar de publicaciones en editoriales y revistas de prestigio.

Miguel Ángel Gómez Salado  
Universidad de Málaga (España)  
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6003-7206>  
magsalado@uma.es

#### NOTA BIOGRÁFICA

Miguel Ángel Gómez Salado es Investigador Contratado Posdoctoral (contrato puente financiado por el Plan Propio de Investigación y Transferencia) y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Málaga. También es Máster en Asesoría Jurídica de Empresas, Máster en Profesorado (Premio Extraordinario de Máster) y Graduado en Gestión y Administración Pública (Premio Nacional de Fin de Carrera y Premio Extraordinario de Grado) por la Universidad de Málaga. Se encuentra vinculado al Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga desde 2014 –mediante becas y contratos de investigación–, y está integrado en diversos proyectos y grupos de investigación –nacionales y autonómicos–.

---

#### RESUMEN

La negociación colectiva, como fuente de derecho constitucionalmente reconocida, determina el marco de las relaciones laborales en un ámbito fijado por los interlocutores, atendiendo a su capacidad y legitimación, e incluye, en su caso, un conjunto de obligaciones para las partes. El problema se presenta cuando la

---

<sup>1</sup> Artículo publicado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el INAP *Público y Privado en la gestión de los servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración*.

Administración recupera un servicio que con carácter previo ha sido externalizado y se plantean las dudas respecto al convenio que venía rigiendo para la empresa prestadora de tal servicio y sus trabajadores, en tanto que la Administración no ha sido parte negociadora del mismo. Problema que va desde la subrogación del personal a la propia especificación del conjunto de derechos y deberes laborales de tal personal. En el presente artículo se pretende dar las pautas para concretar el convenio colectivo aplicable en los citados supuestos de reversión a la luz de la actual normativa vigente y de la jurisprudencia más reciente.

### **PALABRAS CLAVE**

Convenio colectivo aplicable; negociación colectiva; reversión de servicios públicos; subrogación convencional; contratos administrativos.

### **ABSTRACT**

Collective bargaining, as a constitutionally recognized source of law, determines the framework of labor relations in an area set by the interlocutors, based on their capacity and legitimacy, and includes, where appropriate, a set of obligations for the parties. The problem arises when the Administration recovers a service that previously has been outsourced and doubts arise regarding the agreement that had been ruling for the company that provides such service and its workers, while the Administration has not been a negotiating party of the company. A problem that goes from the subrogation of the personnel to the own specification of the group of rights and labor duties of such personnel. In this article, we intend to give the guidelines for specifying the collective agreement applicable in the aforementioned reversal cases in light of the current regulations and the most recent jurisprudence.

### **KEYWORDS**

Applicable collective agreement; Collective bargaining; reversal of public services; contractual subrogation; administrative contracts.

### **SUMARIO**

1. HIPÓTESIS DE PARTIDA. 2. EL MARCO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. SUJETOS NEGOCIADORES Y LEGITIMACIÓN NEGOCIAL COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA DETERMINACIÓN DE SU ÁMBITO SUBJETIVO. 3. LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y SUS CONSECUENCIAS. 4. LA SOLUCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL. 4.1. LA NO INCLUSIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE CONVENIOS EN LO QUE NO HA FORMADO PARTE EN EL PROCESO NEGOCIADOR. 4.2. LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA: LA APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA QUE NO PARTICIPÓ EN SU NEGOCIACIÓN POR IMPERATIVO DE LA LCSP. 4.3. LOS PROBLEMAS O SOLUCIONES ANTES DE LA STC 122/2018, DE 31 DE OCTUBRE DE 2018. 4.4. LA SOLUCIÓN A PARTIR DE LA STC 122/2018, DE 31 DE OCTUBRE DE 2018. 4.5. SÍNTESIS FINAL.

## **1. HIPÓTESIS DE PARTIDA**

La Administración Pública<sup>2</sup>, como responsable de satisfacer las necesidades e intereses de los ciudadanos, puede asumir la gestión de los servicios de manera directa o de manera indirecta, esto es, externalizan-

<sup>2</sup> Resulta determinante, a los efectos del personal, concretar el concepto de Administración Pública, puesto que su función o no como empleador puede influenciar de manera directa en el estatus del trabajador y que es objeto de este estudio. En este sentido, «el EBEP concreta su propio concepto de “Administraciones Públicas”, considerando parte de éstas a la Administración General del Estado, (organizada conforme regulaba la Ley 6/1997, de 14 de abril, Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, LOFAGE, y que ahora denomina “sector público” la Ley 40/2015, de 2 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público, –que entrará en vigor el 1 de octubre de 2016–), las Administraciones Autonómicas, y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Corporaciones Locales (provincial, municipal e Islas) y la Administración Institucional dependientes o vinculadas a cualquiera de las anteriores, (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y Agencias). También entran en el concepto las Universidades públicas, y otros entes públicos como los Servicios de Salud, la Seguridad Social y sus Entidades Gestoras.

En contraposición quedan fuera del concepto de Administraciones Públicas en el EBEP, lo que se denomina el sector público empresarial, es decir, las fundaciones, empresas públicas o empresas privadas con participación mínima del sector público, cuyo personal tiene un vínculo jurídico privado, y están sometidos al Derecho del Trabajo, –sin perjuicio de que en algunas de ellas presten

do los servicios de acuerdo a los procedimientos y vías contemplados en 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 núm. 272, de 9 de noviembre de 2017) —en adelante LCSP—.

En este sentido, según se preste el servicio de manera interna o externa, el marco normativo convencional aplicable será distinto, atendiendo al ámbito funcional del mismo. Siendo así, una de las cuestiones que puede ser analizada por la gestión de RR.HH. de la Administración en cuestión, es la conveniencia de ampliar o mantener plantillas bajo el paraguas de normas convencionales propias o, por el contrario, que sean los prestadores efectivos del servicio, en el caso de gestión indirecta, los que asuman la aplicación del convenio que corresponda.

En este orden, la valoración de la eficiencia y la eficacia como filtro para evaluar las ventajas para apostar por uno u otro modelo de gestión, no debe, en absoluto, basarse exclusivamente en términos económicos. Es más, la propia LCSP, en su art. 145.1.1.<sup>a</sup> especifica los criterios sobre los que debe basarse la adjudicación del contrato, señalando la concurrencia de una pluralidad para la determinación de la mejor relación calidad-precio. Criterios de índole cuantitativo, pero también cualitativo, entre los que se encuentran los de carácter social —como la mejora de las condiciones laborales y salariales—.

En cualquier caso, la misma norma, con carácter previo, en su art. 122.2, al regular los «pliegos de cláusulas administrativas particulares», indica que en éstos «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... la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación».

De este modo, a través de aquel precepto en el marco de la norma que, recordemos, rige la contratación administrativa, se elude la aplicación de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa prevista en el art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores —Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24/10/2015), en adelante ET—, pero una vez que en el año 2017 se entienden superadas las situaciones en las que las Administraciones, sometidas a una situación de asfixia económica y con las limitaciones propias de las tasas de reposición, se veían abocadas a acudir a la contratación de empresas cuyo principal valor consistía en la reducción de los costes. Siendo así, se consigue invertir dicha regla estatutaria, en tanto que sitúa al convenio sectorial en una posición de preferencia frente al de ámbito empresarial y se evita que en el seno de la Administración presten servicios trabajadores —externos a la misma— por cuantías reducidas conforme a convenios colectivos propios aun desarrollando tareas equivalentes a la de los empleados públicos.

Sea como sea, lo relevante es que, si el servicio se asume de manera directa, pueden ser de aplicación los acuerdos o pactos colectivos que vinculen al personal funcionario y los convenios colectivos para el personal laboral y cuyo ámbito funcional sea la propia Administración que participa como interlocutora con legitimación durante su proceso de negociación. Pero si el servicio, como decíamos, se externaliza, los anteriores instrumentos colectivos dejarían de ser aplicables para tener cabida, en principio, el convenio colectivo del sector de actividad que incluya el servicio acordado —y antes, incluso, el convenio colectivo de empresa si ésta contaba con uno propio—.

Las condiciones laborales del personal, en tal caso, no son las mismas. Y es que los cambios respecto a la gestión pública o privada de los servicios públicos conllevan, al tiempo, un distinto estatus jurídico-laboral para los trabajadores que se destinan a tal fin, de manera que una decisión, en principio, de alcance administrativo o político, adquiere gran trascendencia desde el punto de vista de lo Social.

---

servicios funcionarios en calidad de funcionarios adscritos a una empresa pública, —como sucede en con la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos—. Por otra parte, existen órganos de la Administración (que no son en el concepto estricto "Administración Pública"), que tienen su propia regulación y a los que según previsión del propio EBEP en su artículo 4, solo se aplicará dicha norma cuando su propia legislación específica así lo establezca.

De forma similar se excluye del ámbito de aplicación del EBEP al personal al servicio de la administración independiente, u organismos reguladores, ahora denominados "autoridades administrativas independientes del ámbito estatal, Entidades de Derecho Público reguladas en los artículos 109 y 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público", a los que será de aplicación en EBEP pero "en la forma prevista en sus leyes de creación" (Disposición Adicional Cuarta, del texto refundido del EBEP). Con esta fórmula se otorgando libertad a dichos organismos a la hora de elegir la norma de aplicación para sus empleados, que en la mayoría de los casos han optado por seguir como estaban originariamente, es decir, sometidos a la normativa laboral común.

En definitiva, la Administración Pública se configura como una organización productiva especial y compleja en distintos ámbitos, —tanto territoriales, como funcionales—, que se vinculan funcional y laboralmente con numerosos, y diversos tipos de empleados». AA.VV (MONEREO PÉREZ [dir.] y VILA TIERNO [coord.]), 2018.

El problema, se plantea, en tales circunstancias, en una doble dirección: tanto si el servicio se prestaba en primer término de manera directa y después se externaliza, como a la inversa, esto es, en el caso de que exista una reversión del mismo. Y es que, tanto en uno como en otro caso, lo primero será determinar si existe una subrogación en las relaciones laborales y, en segundo término, concluir cuál será el convenio colectivo de aplicación. Cuestión que no resulta baladí, porque las condiciones labores reguladas en el ámbito de la empresa privada no tiene por qué coincidir con lo pactado en el seno de lo público.

En determinadas ocasiones, por tanto, lo que se produce es una simple huida del rol de empleador y de la aplicación directa del Derecho Laboral y, para ello, se acude a un proceso de externalización. Entre ellos se incluyen los supuestos de contratación y subcontratación que, en la esfera que nos ocupa, está condicionado por el respeto al interés público y a la reserva de actividades que deben ser desarrolladas por aquellos que tienen la condición de Funcionarios Públicos.

En este sentido, además de la LCSP, la norma de referencia es el art. 42 ET que debemos utilizar como contrapuesto a las cesiones irregulares del art. 43 ET. Aquel precepto, que regula fundamentalmente el régimen de responsabilidades –así como los derechos y deberes de las partes que intervienen en este negocio jurídico– implica la celebración de un acuerdo por el que una de ellas –comitente– externaliza una actividad que será desarrollada por una tercera –contratista–. De este modo, la Administración –empresario principal– opta por ceder parte de los servicios o tareas que le son propios, para que sean ejecutados por una empresa que actúa como auxiliar. Pero al mismo tiempo, la contrata o subcontrata, en sentido estricto, no agota las posibilidades de colaboración en la prestación de servicios, puesto que dos entidades del sector público, una de carácter instrumental, pueden hacer uso de la denominada encomienda de gestión, en la que, el personal de esta última, presta servicios para la Administración titular de las competencias. Descrito de esta forma, es fácil situarse en el horizonte de una institución diferente, con una regulación completamente autónoma, como es la cesión ilegal de trabajadores del art. 43 ET. Y es que ésta disposición normativa es la que concreta cuando se incurre en la práctica irregular –salvo para las ETTs– de contratar a trabajadores para cederlos a terceros. Se interpone, por tanto, una figura entre empleador y empleado, con el único objeto, en la mayor parte de los casos, de simular que trabajadores que se encuentran completamente integrados en la estructura, funcionamiento y dinámica de la plantilla de la empresa, no forman parte de la misma, sino a una tercera que se presenta, formalmente, como el empresario contratante. Con todo ello se consigue –o se pretende conseguir– exonerarse de las responsabilidades laborales contraídas.

Es éste un fenómeno que no es ajeno a la Administración Pública, más bien al contrario, puesto que se repite de manera insistente en la misma, más aún por las limitaciones a la contratación laboral directa. Y en esta fórmula de colaboración entre lo público y lo privado participan, obviamente, unos prestadores de servicios. Aquí cobra especial importancia la distinción entre la realidad formal y material. Esto es, cuando se está realmente ante un fenómeno de subcontratación –o descentralización en general– o cuando lo que se produce es un fenómeno interpositorio, en el que no existe colaboración real, porque lo único que hay es una entidad que contrata, pero que no tiene ningún poder de organización y control sobre los trabajadores.

Es preciso, por tanto, comprobar los extremos de la contrata o externalización para diferenciarlo de la cesión ilegal, ya que, el efecto de ésta, va a ser que el trabajador elija en qué ámbito tiene la condición de indefinido y ello va a chocar con las limitaciones impuestas desde la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (BOE núm. 153, de 28/06/2017) –LPGE 2017– en adelante, pero eliminadas, en parte, por la reciente sentencia del TC de 31 de octubre de 2018, sobre la que con posterioridad se volverá.

En ese sentido, resulta especialmente complejo, en ocasiones, delimitar si estamos ante un supuesto real de externalización –por ejemplo, con una encomienda de gestión–, puesto que únicamente si no lo es, estaremos ante una cesión ilegal, cuyo efecto, como es sabido, no podrá ser la continuidad como fijo en la Administración.

Por otra parte, no debe obviarse que nos situamos en la órbita de un proceso de contratación en el que tienen un enorme peso los trámites y requisitos de carácter administrativo. Pero que afectan de lleno a los aspectos laborales, ya que, la ausencia, por ejemplo, de determinados requisitos administrativos o del procedimiento adecuado (y su calificación jurídica subsiguiente en el orden contencioso-advo), nos puede llevar a encontrarnos con una figura como la del indefinido no fijo. Siendo así, para entender la externalización debemos remitirnos, necesariamente a los conceptos básicos en los supuestos de externalización en el sector público: contrata y subcontrata, concesión administrativa, concepto de propia actividad y encomienda de gestión que hoy por hoy se regulan en la recientemente aprobada en la LCSP.

Teniendo en cuenta tal marco normativo, para contratar con la Administración, una empresa, de acuerdo a la LCSP –arts. 74 y ss–, debe acreditar su personalidad, su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, además de la habilitación empresarial o profesional necesaria para desarrollar la actividad objeto del contrato, además de cumplir con los criterios sociales que la nueva Ley impone. Pero lo determinante es la efectiva existencia de una entidad empresarial, lo que puede ser determinante a efectos laborales (Vila Tierno, 2018).

Vayamos por partes.

## 2. EL MARCO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. SUJETOS NEGOCIADORES Y LEGITIMACIÓN NEGOCIAL COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA DETERMINACIÓN DE SU ÁMBITO SUBJETIVO

El Título III ET regula la negociación colectiva que será de aplicación a empleadores y trabajadores por cuenta ajena. Y, entre ellos, a los que lo sean en el ámbito de lo Público. En un supuesto de externalización de servicios públicos, se propone la realización de éstos por un tercero, se está apostando por la gestión indirecta de aquellos servicios atendiendo a supuestas razones de eficiencia y eficacia, así como de optimización de los recursos y racionalización del gasto público (*Vid.* en profundidad: Castillo Blanco, 2017: 18 y ss).

De este modo, se plantea una «cesión» de la prestación del servicio público a través de las vías previstas para ello en la LCSP y ello supone que una entidad de naturaleza privada puede hacerse cargo de tal servicio, de manera que es su personal, el que está adscrito a las mismas en función de un contrato de naturaleza laboral, el que se reconoce como auténtico prestador de servicios, pero sin que éste adquiera la condición de empleado público a pesar del contexto en el que se desempeña su cometido.

Consecuencia de lo anterior encontramos un personal laboral cuyas condiciones de trabajo y empleo deben venir definidas, en principio, en la fuente de referencia en el Derecho del Trabajo: el convenio colectivo. Pero no olvidemos que aquel personal laboral, cuyo vínculo jurídico es con la entidad privada adjudicataria del servicio, estará, por tanto, en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de empresa o de actividad por el que se rija la empleadora<sup>3</sup>.

La duda surge, por tanto, para los supuestos en los que, o bien la gestión de los servicios se asume de manera directa con personal que contrata la Administración en Régimen Laboral, o bien cuando se produce la reversión de los reiterados servicios públicos. Y ello, porque el convenio que había sido el marco regulatorio de las relaciones laborales durante la gestión directa o indirecta, no resulta de aplicación a la empresa que obtiene la concesión o a la Administración competente que revierte la concesión.

La reflexión anterior tiene una doble lectura. De un lado, es preciso comprobar si opera el mecanismo de subrogación convencional, pero en el caso de que el convenio colectivo que se aplicaba a la empleadora antes del cambio de titularidad así lo prevé y, de otro, definir la situación de los trabajadores respecto a la regulación convencional de sus condiciones laborales.

Dicho de otro modo, debemos recordar que el art. 3 ET especifica que entre las fuentes de la relación laboral se encuentra el convenio colectivo... ¿pero qué convenio colectivo? ¿cuál puede invocarse como fuente, *v. gr.*, en un supuesto de reversión? Es preciso, por ello, dirigirnos al citado Título III ET para especificar los criterios conforme a los cuales se puede determinar cuál es la norma convencional de referencia (Vila Tierno, 2008).

A este respecto, el art. 82.2 y 3 ET especifica que «Mediante los convenios colectivos, y *en su ámbito correspondiente*, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad... 3. Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos *dentro de su ámbito de aplicación* y durante todo el tiempo de su vigencia».

A partir de tales enunciados, son dos las consecuencias más inmediatas. En primer lugar, que el precepto determina que unos trabajadores –a través de sus representantes– y empleadores específicos, en función al ámbito que le es propio, regulan las condiciones labores a través de la negociación colectiva. En segundo término, que el fruto de dicha negociación, vincula en exclusiva a los trabajadores y empresarios que estén en su ámbito. De esta forma, la primera consecuencia enlaza con los sujetos negociadores y los requisitos de legitimación negocial (*Vid.* en sentido amplio: Tomás Jiménez, 2013: 1-440; o Amaadachou Kaddur, 2015:

<sup>3</sup> En este sentido, las dudas se presentan exclusivamente sobre personal laboral, puesto que este el régimen de vinculación común que puede producirse entre trabajador y empleador, sea este último una entidad privada o pública, relación que no se desnaturaliza como consecuencia de un supuesto de externalización (SÁNCHEZ MORÓN, 2007: 85-86).

267-304) en virtud de un principio de correspondencia representativa (García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2014). Por su parte, la segunda de las afirmaciones concuerda con el hecho de que las partes negociadoras, en el marco de su libertad para fijar la unidad de negociación –pero sometida los requisitos de legitimación–, van a delimitar su ámbito subjetivo, sin que quepa, ni la inclusión de terceros, ni la exclusión de sujetos que pudieran incluirse en el mismo: «el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, a tenor del cual “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”» y en efecto tal precepto consagra el principio de libertad de las partes para definir la unidad de negociación. Pero, como ha señalado la doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala, esta regla no significa que las partes del convenio gocen de una libertad absoluta para determinar su ámbito de aplicación. Esa libertad está, en primer lugar, limitada por la necesidad de aplicar criterios objetivos en la delimitación del ámbito del convenio que se correspondan además con la legitimación de los negociadores (sentencias de 20 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 6889], 23 de junio de 1994 [RJ 1994, 5470] y 21 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8730]), y por la propia configuración del convenio colectivo estatutario como norma del ordenamiento jurídico que tiene en principio una eficacia personal general, pues conforme al artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores los convenios colectivos obligan a todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación, lo que exige que la exclusión de lo que constituye el ámbito natural del convenio colectivo tenga una justificación objetiva y razonable (sentencia de 9 de octubre de 2003 [RJ 2003, 7732...]). Esta exigencia de respetar el ámbito natural de la unidad de negociación se vincula en la doctrina constitucional con el principio de igualdad ante la Ley, en la medida en que el convenio colectivo como norma que se integra en el ordenamiento jurídico está vinculado por el artículo 14 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y tiene, por tanto, que justificar los tratamientos diferentes que pueden producirse tanto en el establecimiento de condiciones de trabajo entre el personal incluido en su campo de aplicación (STC 27/2004 [RTC 2004, 27] y doctrina allí citada), como en lo que se refiere a las exclusiones que de su ámbito pueda establecer el propio convenio (SSTC 52/1987 [RTC 1987, 52] y 136/1987 [RTC 1987, 136]). En este sentido la STC 136/1987 señala que «la negociación colectiva de eficacia general está sujeta a muy diversos límites y requisitos legales, pues no en balde produce efectos entre “todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su campo de aplicación”, como prescribe el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y “esos límites alcanzan también a la determinación del ámbito de aplicación del convenio colectivo, aspecto éste que debe ser resuelto por las partes negociadoras respetando en todo caso los imperativos legales”» –STS de 14 marzo 2007 (RJ 2007/3389)–. Resolución judicial que invocamos para adelantar un problema posterior que es preciso ir acometiendo: la de la imposibilidad de excluir a colectivos de la aplicación de un convenio al margen de una justificación objetiva y razonable.

### 3. LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y SUS CONSECUENCIAS

Parece preciso hacer un inciso para destacar un elemento que no por obvio resulta menos relevante: no estamos ante un convenio colectivo que se regula en origen para determinar las condiciones laborales de un personal que va a prestar servicios para una Administración. En los supuestos de reversión, se trata de un personal que ya venía disfrutando de un marco normativo convencional cuando eran trabajadores de una entidad privada que tenía la condición de concesionaria de un servicio de gestión indirecta. O bien al revés, esto es, cuando el personal contratado por una entidad pública podría estar disfrutando de un convenio colectivo aplicable en tal marco y el servicio pasa a manos de la gestión privada, situación en la que dicho personal no estará incluido en el ámbito de regulación convencional aplicable para la empresa privada.

En esos supuestos en los que se produce un cambio en la titularidad empresarial pueden –o no– reconocerse supuestos de subrogación empresarial, bien sea porque se cumplen los parámetros del art. 44 ET<sup>4</sup>, bien porque se trate de un caso de subrogación convencional, o bien, por último, porque sea consecuencia de otra disposición de naturaleza diversa.

Dejando al margen otras opciones, nos interesa, en este análisis, centrarnos en la de carácter convencional, en tanto que si se dan los elementos del citado art. 44 ET se seguirá el procedimiento expresamente previsto en el mismo, mientras que si entendemos que existe subrogación convencional ¿cuál sería el convenio aplicable?

<sup>4</sup> Con todos los extremos y matices que ello implica y con las interpretaciones tanto de la jurisprudencia comunitaria y nacional con supuestos como los de sucesión de plantillas. *Vid.* SSTs 7 de mayo de 2016 (RJ 2016/1702) ó 1 de junio de 2016 (RJ 2016/3745)

En este sentido, es bastante frecuente que la negociación colectiva, como mecanismo garantista en favor de los trabajadores, establezca fórmulas para el mantenimiento del empleo para los supuestos en los que no alcancen las previsiones del tan reiterado art. 44 ET, especialmente en aquellos sectores en los que práctica ha manifestado su necesidad<sup>5</sup>. En este contexto, se ha podido establecer la obligación convencional de continuidad de los trabajadores cuando hay cambios que afectan al titular de la explotación o gestor de los servicios, así como el mantenimiento, si cabe, de determinadas condiciones laborales.

A tal efecto, de un modo reiterado los órganos judiciales de lo Social han venido indicando que no pueden actuar como presupuestos de la subrogación legal ni la contrata ni la concesión administrativa, en tanto que no pueden reconocerse como unidades productivas autónomas –indicando, no obstante, las salvedades cuando la infraestructura u organización empresarial precisa se pone a disposición del concesionario o contratista; *vid. v. gr.* SSTS 23 de mayo de 2005 (RJ 2005/97), 21 de septiembre de 2012 (RJ 2013/2388) y 24 de julio de 2013 (RJ 2013/6797)–. En tal caso, y excepto en los sectores en los que la sucesión de plantilla de carácter voluntario se produce por tratarse de actividades en las que la actividad gira en torno a la mano de obra esencialmente, la subrogación operará si el convenio colectivo así lo establece –STS 7 de junio de 2016 (RJ 2016/2933)–. En estas situaciones:

- a) las empresas obligadas son aquellas que se encuentran vinculadas por el convenio colectivo del que forman parte en su ámbito funcional, ya que, como se ha insistido, dicha obligación no alcanza a la empresa adjudicataria si no está en el marco de tal convenio –STS de 17 de junio de 2011 (RJ 2011, 5423)–.
- b) No se pueden establecer cláusulas obligacionales para quienes no han sido interlocutores en el proceso de negociación, ni condiciones de trabajo, como contenido normativo, a aquellas empresas fuera del ámbito del convenio –STS de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2008/7678)–.

Y, por otra parte, ni el fenómeno subrogatorio se produce de manera automática, ni los efectos están tasados, sino que dependerán de los términos del acuerdo fruto de la actividad negociadora<sup>6</sup>. De tal forma que, únicamente, en el caso en el que no se estableciera una regulación específica, se aplicaría, pero de manera supletoria, la ordenación estatutaria, por lo que, a falta de acuerdo expreso el convenio colectivo aplicable seguiría siendo el que venían disfrutando con anterioridad los trabajadores subrogados, hasta la fecha de su fecha de vencimiento o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo nuevo que les resulte de aplicación –STS 31 de mayo de 2017 (RJ 2017/3163)–.

No obstante, la STS 3545/2018, de 27 de septiembre, viene a formular lo siguiente: «Primera.- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda.- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET.

Tercero.- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Cuarto.- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina».

Dicho de otro modo, la resolución judicial, que implica un cambio radical en el criterio del TS, viene a establecer que cuando opera la sucesión por la asunción de la mayor parte de la plantilla, resulta irrelevante que se plantee en el marco del convenio colectivo como subrogación convencional, puesto que tendrá todos los efectos y caracteres de una subrogación legal subsumible en ámbito de la Directiva comunitaria.

Parece que, a partir de tales conclusiones, cuando la gestión se cede a un tercero y no se reconoce el fenómeno del art. 44 ET, la obligación convencional de subrogación o el mantenimiento del convenio colectivo que pudiera aplicarse en la Administración no alcanza a la empresa por no ser esta parte del ámbito de aplicación de aquél. Pero únicamente en el caso de que no sea aplicable el supuesto previsto en la referida STS de 27 de septiembre de 2018. Ello nos obliga centrarnos en la reversión y sus diferentes problemas e interpretaciones. Interpretaciones que, a priori, no se apartan mucho de lo ya planteado.

<sup>5</sup> En este sentido, lo habitual es que el convenio colectivo de ámbito sectorial regule este tipo de cláusulas, pero ello no excluye que un convenio colectivo empresarial pudiera contener compromisos de asumir plantillas en supuestos de esta naturaleza.

<sup>6</sup> Como los relativos a la antigüedad del trabajador, al procedimiento de transmisión o a la responsabilidad asumida.

## 4. LA SOLUCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

### 4.1. La no inclusión de la Administración en el ámbito de aplicación de convenios en lo que no ha formado parte en el proceso negociador

La normativa actual que regula los supuestos de reversión no ayuda, precisamente, a una fácil interpretación de este complejo y enmarañado asunto que es muy simple en cuanto a su lógica de fondo: ¿cuál es el convenio colectivo aplicable al personal en supuestos de reversión.

No obstante, antes de una regulación específica para los supuestos de reversión y la subrogación empresarial, los órganos judiciales del Orden Social se venían pronunciando sobre una cuestión que parece determinante en este punto y que tiene que ver con la aplicación –o no– de la Administración de un convenio colectivo del que no ha formado parte, entendiendo, de manera reiterada que no cabía incluir a la misma en el ámbito de un convenio del que no había sido parte –SSTS de 17 de junio de 2011 (RJ 2011\5423), de 11 de julio de 2011 (RJ 2011\5667), de 26 de julio de 2012 (RJ 2012\9976), de 21 de abril de 2015 (RJ 2015\2177), de 19 de mayo de 2015 (RJ\2015\2886) y de 27 de febrero de 2018 RJ 2018\1144)–.

Interpretación que casaba con el texto de la anterior LCSP que, en su art. 301, excluía expresamente la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante –STS 21 de abril de 2015 (RJ 2015, 2177)–. Pero, en este sentido, recordemos que la doctrina ha reconocido tanto la aplicabilidad del art. 44 ET, como los problemas que se pueden deducir, respecto al personal laboral los supuestos de reversión de servicios públicos. Y así, como afirma nuestra mejor doctrina «el imperativo legal y la coherencia con la Directiva 2001/23/CE y el art. 44 del ET (y atendiendo al art. 7 del EBEP), obliga a aplicar el régimen jurídico laboral de garantías generales previstas en ese grupo normativo regulador que integra el Derecho social comunitario y el Derecho nacional» (Monereo Pérez, 2016: 307).

Y es que la subrogación empresarial sería predicable en el marco de la Administración Pública sin que pueda invocarse la normativa interna para evitar tal aplicación, dada la prevalencia del Derecho Comunitario y así, v. gr. «La afirmación del art. 301 TRLCSP no puede, ni impedir la aplicación del art. 44 del ET, que deviene imperativa en atención a las normas comunitarias cuya interpretación siempre ha considerado que la Administración Pública no queda eximida de las obligaciones en materia de sucesión de empresas (STCE 26/09/2000, C-175/99, asunto Mayer; STUE 29/07/2010, C-151/09, asunto UGT/FSP), ni tampoco debe entenderse como una prohibición absoluta de que la Administración asuma el personal con ciertos condicionamientos» (Alfonso Mellado, 2016: 37).

No obstante lo anterior, la doctrina científica, de manera mayoritaria, y al amparo de esta línea jurisprudencial antes citada, niega la aplicabilidad de los convenios sectoriales a la Administración (Cruz Villalón, J. 2016, pág. 42; Gómez Álvarez, T. 2004: pág. 282; López Cumbre, L. 2017, pág. 126 y ss.; Sala Franco, T. 2018: pág. 204; Gorelli Hernández, J, 2018). El argumento jurisprudencial del que se hace eco la doctrina se apoya en que «el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado art. 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación en el que solo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio» –la ya citada STS de 17 de junio de 2011 aludiendo a pronunciamientos anteriores–. Al tiempo que se añade que «el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación» –STS de 21 de abril de 2015 (cit)–.

Siguiendo tal interpretación, se ha entendido que una entidad, pública o privada, por el simple hecho de asumir de manera directa la ejecución de unos servicios no puede considerarse una empresa del sector de actividad y, en consecuencia, no estaría sujeta a las prescripciones normativas u obligacionales del convenio colectivo de referencia en el mismo.

### 4.2. La solución alternativa: la aplicación del convenio colectivo a la Administración Pública que no participó en su negociación por imperativo de la LCSP

Sin embargo, diferentes son los matices que deben destacarse para conseguir una interpretación completa. De un lado, que los pronunciamientos judiciales son anteriores a la regulación en los términos actuales

de la LCSP y, de otro, que si estamos ante la posibilidad de una subrogación convencional debemos estar a los términos exactos de la misma.

En ese sentido, si el convenio colectivo obliga en los supuestos de sucesión de contratistas, una hipótesis de reversión no puede identificarse propiamente con la existencia de una contrata. De este modo, puede que lo que se analice no son los efectos o el alcance de la subrogación convencional de manera genérica, sino un caso concreto de una regulación de la norma convencional en unos términos específicos en los que no tenga cabida una reversión, sino la sucesión de contratistas<sup>7</sup>. No puede interpretarse, por tanto, que no es aceptable en ningún caso la subrogación convencional en una Administración, cuando el convenio aplicable a la empresa que venía prestando el servicio con carácter previo a la reversión así lo disponía, aunque esto no deja de ser una opinión que contrasta con la doctrina dominante, tal y como se ha adelantado.

Y es que la mayor parte de la doctrina invoca la primera de las razones señaladas en el subapartado anterior, a la que le da un peso decisivo, entendiendo que no se puede aplicar el convenio de un sector a la Administración que no ha sido parte en el proceso de negociación.

Pero ello puede chocar con varios elementos que pueden ser significativos.

En primer lugar, puede dar lugar a un efecto no deseado, como podía ser la extinción de las relaciones laborales que se han ido manteniendo en los sucesivos cambios de contratistas. Efecto no deseado salvo que la Administración persiga tal consecuencia. Una consecuencia que, en cualquier caso, habría que interpretar de conformidad con la Disp. Adic. 26.º LPGE 2017, de acuerdo a su modificación operada en 2018 –Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE núm. 161, de 4 de julio de 2018)–.

En segundo lugar, que plantearía dudas respecto a la aplicabilidad del art. 130.3 LCSP que parece taxativo en lo que respecta al mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales.

En tercer lugar, que existirían serias dudas sobre el marco convencional regulatorio de las condiciones laborales del personal subrogado.

Pero existe, además, otro problema de interpretación, de especial relevancia, que puede, no obstante, situar este debate en un segundo plano y que ya hemos sugerido anteriormente con la mención a la STS de 27 de septiembre de 2018. Se trata de una cuestión planteada en la STSJ de Galicia de 26 de julio de 2018 (CENDOJ 15030340012018102349) y en la que aparece como supuesto de hecho una subrogación convencional entre contratistas que se suceden en la gestión de un servicio para una el Museo de las peregrinaciones de Santiago de Compostela, dependiente de la Consellería de Cultura de la Xunta de Galicia.

Las circunstancias que se analizan se refieren, en este caso, a una posible responsabilidad solidaria como consecuencia o no de la existencia de una subrogación legal y no únicamente la de naturaleza convencional, pues en ésta última hipótesis serían predicables los efectos previstos expresamente en la misma. Y las dudas surgen, primero, por incluirse en el convenio colectivo de aplicación una subrogación convencional con efectos limitados expresamente.

Pero la Sala, apoyándose en la STS de 7 de abril 2016 (rec. 2269/2014) –interpretando precisamente la misma norma convencional– recuerda que «en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario –artículo 44 ET– si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una “sucesión de plantillas”, en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra –STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/02, que recoge la doctrina comunitaria–. La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable. Por tanto, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable». Debemos, por tanto, centrarnos en un matiz, y es que se dice, literalmente, «si no se ha producido» un supuesto de sucesión de plantillas. De esta forma, este hecho es el determinante, puesto que si hay «una transmisión de una entidad económica, en tanto conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común desmaterializada, a cuya transmisión de la actividad se une la asunción de la plantilla, lo que nos situaría en el ámbito del art. 1 de la Directiva 2001/23/CE, conforme a la doctrina comunitaria (STJUE Sützen; Hernández Vidal y otros, Hidalgo y otros, C-173/96, o Temco, C-51/00 ), y debería serle de aplicación el art. 3.1 de

<sup>7</sup> En la sentencia citada en primer término se aludía expresamente a un precepto convencional que literalmente se refería a una subrogación que «operará en todos los supuestos de sustitución de contratistas...» (art. 52 Convenio General del Sector de Limpieza Pública Viaria).

la misma. Y nos resultaba ciertamente dudoso que pudiera eludirse su aplicación solo porque la decisión no fuera fruto de la autonomía individual de la cesionaria sino consecuencia de una obligación impuesta por la autonomía colectiva».

Así, y en respuesta a cuestión prejudicial de Derecho comunitario planteada, el TJUE en sentencia de 11-7-2018- C-60/17 dispone «que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas». O dicho de otro modo «el TJUE entiende que en este caso ha existido una transmisión de una entidad económica y que el hecho de que la sucesión de plantilla venga impuesta por el convenio colectivo “no afecta, en cualquier caso, al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica” (con cita de la sentencia Seguritas-C.200/16, posterior al planteamiento de nuestra cuestión), por lo que sería incardinable en el ámbito del art.1 de la Directiva» –FJ 4.º–.

Lo que debe entenderse que, en el marco de la norma de transposición, el art. 44 ET, dispone que el nuevo empleador queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales existentes, con la especial referencia al régimen de los convenios colectivos.

Por tanto, en estos supuestos, lo relevante, no sería que el convenio colectivo establezca un mecanismo subrogatorio, sino que se produzca o no un supuesto de sucesión de plantillas porque, en tal caso, y como consecuencia del principio de jerarquía normativa prevalecería la norma de rango superior. Esta doctrina, que se formula de manera primigenia en esos términos, es objeto de ratificación en todos sus extremos por la determinante y reiterada STS de 27 de septiembre de 2018.

Ello obligaría a la aplicabilidad automática del convenio preexistente, pero, no obstante, debe recordarse que, en las transmisiones señaladas, se requiere el elemento de la voluntariedad respecto a la aceptación de la plantilla, lo que chocaría con una posible reversión. De un lado, porque en virtud de lo establecido en la LPGE 2017 no se podía integrar con la condición de empleados públicos aquellos trabajadores que provienen, entre otras, de una reversión (lo que no quiere decir que no pueda existir subrogación), pero fundamentalmente por las dificultades que tendría o podría tener para manifestar su voluntad en este sentido y, sobre todo, por el mismo argumento anteriormente citado: la Administración no ha sido parte en el proceso negociador, por lo que no ha manifestado su voluntad en el marco de esa norma colectiva.

En este contexto, ahora sí, debemos centrarnos en la solución legal que opera actualmente, y para ello, debemos recordar que el art. 130.3 LCSP dispone que «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».

Ello ha sido interpretado por la mayor parte de la doctrina (*Vid. v. gr.* por todos Gorelli Hernández, 2018) como que «aparentemente» se admite la subrogación convencional sin ambages, al establecer esa obligación para la Administración si así se reconoce en un convenio colectivo o acuerdo de eficacia general. Sin que la norma, novedosa, incluya matiz alguno. Pero, siguiendo la misma doctrina invocada anteriormente, se vuelve a defender que ello no es aplicable respecto a las Administraciones que no han formado parte de los procesos negociadores que han incluido tal compromiso.

No podemos, sin embargo, compartir tal afirmación y ello por varios motivos, en primer lugar, por lo que entendemos que significa la inclusión de tal precepto en cuanto a la finalidad de la norma. Y esta puede ser interpretada de acuerdo a tres fines: el mantenimiento del empleo, la continuidad del marco regulador y, puede que especialmente, la idea de incluir cargas y complejidad para frenar los supuestos de reversión de los servicios públicos.

Repasemos cronológicamente los últimos cambios normativos –antes del último pronunciamiento al respecto del TC– que pueden tener influencia en una respuesta al problema que planteamos, señalando la fecha de entrada en vigor de cada una de ellas:

Primera.- DA 26 LPGE 2017 (5/7/2018):

«Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado

Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerarse como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

- a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos...

*... Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral».*

Segunda.- Art. 130.3 LCSP (9/11/2017) –cinco meses más tarde–.

Tercera.- DF 42 LPGE 2018 (29/6/2018):

«Uno. Se suprime el último párrafo de la disposición adicional vigésima sexta. Uno de la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017».

Es decir, que se suprime el párrafo que hemos remarcado en la primera de las normas citadas.

La explicación puede estar relacionada con una más adecuada coordinación entre las normas en juego, en tanto que mientras que la DA 26.<sup>a</sup> LPGE remitía a un único supuesto o vía de subrogación, el establecido en la normativa laboral, la LCSP que se publica 5 meses más tarde, dispone diferentes escenarios subrogatorios, de tal forma que, la sucesión empresarial contemplada en esa última norma no podría considerarse, propiamente, «normativa laboral». Dicho de otro modo, la LCSP establece una obligación para la Administración que se separa de la regulación legal de este supuesto para el ámbito privado, aunque, para su perfeccionamiento, y al tratarse de una institución puramente laboral, siga los cauces que dicha normativa y su interpretación judicial han seguido al respecto. Por este motivo, la DF 42.<sup>a</sup> LPGE elimina lo que puede entenderse como una restricción del modelo subrogatorio en el marco de lo público para dar cabida a la previsión de la LCSP. Y esta previsión, queremos entenderla como absoluta, clara y novedosa, introduciendo esa obligación de manera expresa para las entidades públicas que deciden revertir el servicio.

Cierto es que la Administración, en esos supuestos, no ha tenido porqué mostrar su conformidad para asumir la obligación convencional para subrogarse, pero no es menos cierto que si existe una regla fija y explícita mediante lo establecido en el art. 130.3 LCSP, la Administración si manifestaría su intención de subrogarse, al asumir, sin que exista obligación para ello, la decisión de reversión. Dicho de otro modo: la decisión de reversión lleva aparejada la carga de subrogarse cuando la norma convencional previa de aplicación en el supuesto de externalización así lo incluye. Porque así lo dispone la norma legal, una norma cuyo espíritu es la remisión continua al convenio colectivo de sector (por lo que resultaría incongruente ahora huir del mismo), porque la Administración conoce las repercusiones con carácter previo y porque no se trata del único supuesto en el que se aplica una norma convencional a quién no ha participado en su elaboración.

Así, por ejemplo, el art. 44 ET así lo dispone –sobre lo que volveremos más adelante– o incluso hay interpretaciones judiciales que así lo admiten, es decir, que asumen la aplicabilidad de la cláusula subrogatoria incluida en un convenio colectivo supraempresarial a empresas ajenas a su ámbito funcional, bien en casos extraordinarios (STS de 21 de abril de 2015), bien atendiendo a un criterio funcional (STS de 10 de febrero de 2014 [RJ 2014/ 1622] o STSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2015 referida a sucesión de concesiones administrativas), o finalmente con interpretaciones con matices, como en la STS de 27 de febrero de 2018 (RJ 2018/1044), que aunque parte de la exclusión de aplicación de un convenio porque la Administración no ha sido parte, cuestiona esta última afirmación al entender que el servicio se prestaba por empresas municipales que no podían excluirse de «aquella parte».

#### **4.3. Los problemas o soluciones antes de la STC 122/2018, de 31 de octubre de 2018**

A pesar de todo ello, la entrada en vigor de la LCSP lo hace sin que se altere la regla básica y con carácter indefinido que se instaura en 2017 (LPGE): la prohibición de considerar empleados públicos ni integrarlos en esa condición a los trabajadores subrogados (Monereo Pérez, 2016; Vila Tierno, 2018). Regla que, por

cierto, es la madre de todas las dudas: si no son trabajadores públicos ¿qué son y que estatus tienen? Y, en consecuencia ¿cuáles son sus condiciones laborales?

Con algo más de detalle podemos ampliar la afirmación anterior, esto es, por la que se excluye la posibilidad de incorporar como empleados públicos a los trabajadores que prestaran servicios para un tercero en el marco de una externalización que finaliza o existe reversión –salvo sentencia judicial o desarrollo de proceso de acceso de acuerdo a principios constitucionales–, aunque se preconiza que le es de aplicación, a todos los efectos, las previsiones sobre sucesión de empresas en la normativa laboral (Vila Tierno, 2018). De este modo, nuevamente aparecen como marco de referencia tanto el art. 44 ET, como las disposiciones en esta materia de la LCSP, así como lo regulado como sucesión convencional en el seno de la negociación colectiva.

Lo curioso de todo ello es que se afirma que puede operar un supuesto de subrogación laboral en la administración pública sin que los afectados por el mismo tengan la condición de empleados públicos. No obstante, ya reconocimos con anterioridad que operan los efectos de la subrogación en el marco de la Administración Pública y según predica el EBEP, la prestación que se daría sería como empleado público (*vid.* arts. 8 a 11), ¿qué consecuencias tendrá la limitación de la LPGE? Ciertamente, a pesar del espíritu omni-compreensivo que parece desprenderse del legislador presupuestario, no le faculta a ignorar el cumplimiento de la normativa comunitaria e interna aplicable, más aún cuando en la misma norma presupuestaria se alude a la aplicación del ordenamiento laboral (Molina Navarrete, 2017: págs. 94 y 95).

A partir de ello, la doctrina administrativista ha reconocido una nueva ampliación de las excepciones a las relaciones ordinarias recogidas en el EBEP, hasta el punto que se vienen a distinguir las siguientes relaciones de prestación de servicios laborales en el contexto de lo público: «el personal directivo sujeto a la relación laboral especial de alta dirección; el personal laboral, fijo o temporal, sujeto al EBEP; el personal laboral de sociedades públicas y fundaciones –a las que el EBEP y el resto de normativa de derecho público solo les será de aplicación en la medida en que, de forma expresa, estas normas se refieran a ellos–; el personal laboral indefinido no fijo en los supuestos que proceda dicha calificación; y, por último y por ahora, en el caso de la subrogación en las relaciones laborales, estos trabajadores, carentes de la condición de empleados públicos y sujetos a su propio régimen jurídico pero que, no se olvide, prestan servicios en el sector público y perciben sus retribuciones del mismo» (Castillo Blanco, 2017: pág. 124). Se trata, por tanto, del colectivo de «trabajadores subrogados» que se plantea como un problema de categorización jurídica, pero que no va a suponer, en ningún caso, la inaplicación de la normativa en materia de subrogación. De este modo, parece evidente que la propia Administración sí debería, al contrario que en el supuesto de contratación o acceso irregular, reconocer los efectos de la subrogación y, en consecuencia, el vínculo laboral de trabajador y ente público, pero no su condición de empleado público, puesto que tal reconocimiento se reduce a los supuestos excepcionales previsto en la Ley: sentencia judicial o proceso regular en determinados ámbitos.

En definitiva, el legislador, siguiendo la confusa jurisprudencia del Orden Contencioso-administrativo –STS de 16 de febrero de 2016 (Sala Tercera), rec. 3944/2014– reconoce al personal como laboral de la administración, pero sin ser empleado público. Pero, de un modo, si cabe, más complejo: los órganos judiciales de lo Social, reconocen, en estos casos, a los trabajadores subrogados como trabajadores indefinidos no fijos, pero si recordamos, el art. 8 EBEP reconoce esta condición únicamente a empleados públicos, categoría que hoy les niega el legislador presupuestario (Molina Navarrete, 2017: pág. 97).

Sea como sea, lo interesante de lo anterior, es el hecho de que acceden a la Administración, para la que prestan servicios. Cuestión distinta es la naturaleza de su relación con aquella al no reconocérsele como empleados públicos. Y lo relevante es si por esta «anomalía» quedarían o no sujetos al convenio colectivo aplicable a los empleados de la Administración. De un lado, debe tenerse presente que éstos no fueron representados en el proceso de negociación, sencillamente, porque no estaban. Y, de otro lado, que tampoco cabría una exclusión del convenio sin una justificación objetiva y razonable, puesto que ello sería discriminatorio. La naturaleza de su relación con aquella, que no deja de ser laboral, no puede constituir un elemento de exclusión por sí mismo.

En cualquier caso, la solución que se adopte parte de un presupuesto previo: reconocer la subrogación en los supuestos de reversión.

#### 4.4. La solución a partir de la STC 122/2018, de 31 de octubre de 2018

Todo este escenario cambia de un modo definitivo con este fallo del TC. De manera simple y directa podemos afirmar que en las leyes de presupuestos únicamente se pueden incluir medidas que afecten al

gasto público o que estén relacionadas, distinguiendo, en tal sentido, entre contenido esencial y eventual. Ni la DA 26.<sup>a</sup> ni la DA 34.<sup>a</sup> se corresponde con aquellos contenidos y por tanto cabe plantearse las siguientes cuestiones:

- a) ¿pueden otra vez la Administración Pública, al margen de una resolución judicial, atribuir la condición de Indefinidos no fijos? (v. gr. SAN 10/2/2016).
- b) En los procesos de reversión, con la aplicación del art. 44 ET, los trabajadores revertidos adquieren la condición de empleados públicos y, por ejemplo, de indefinidos no fijos ¿o al establecerse otra vez lo mismo en la LPGE (DA 43.<sup>a</sup>) estamos en las mismas condiciones que antes de la sentencia?

Sea como sea, y ante la posible nueva consideración por el TC del carácter inconstitucional de la DA 43.<sup>a</sup> LPGE, no existe impedimento alguno para reconocer la aplicación del convenio colectivo anterior a la reversión por efecto directo de lo previsto en el art. 130 LCSP.

#### 4.5. Síntesis final

Veamos, en este sentido y para finalizar los tres escenarios posibles según se ha reconocido anteriormente: sucesión del art. 44 ET si se cumplen los parámetros de tal precepto, subrogación convencional o por vía del pliego de condiciones (vid. de manera amplia: López Cumbre, L., 2018). Dependiendo del cauce, la solución respecto al convenio colectivo aplicable podría ser distinta.

- a) Subrogación cauce art. 44 ET: opera la regla allí contenida, los trabajadores se subrogan y el convenio colectivo es que los trabajadores disfrutaban (y que la Administración no ha negociado), pero sometido a los condicionantes, plazos, posibles acuerdos sustitutorios, etc. contemplados en el apartado 4 de dicho precepto. Misma solución para la sucesión de plantillas. Y es que dentro del efecto principal de la transmisión de empresa, que no es otro que la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones del cedente, se incluye la regulación de las condiciones de trabajo por convenio colectivo. Aquel que se viniera aplicando a los trabajadores de la empresa cedente (salvo a los trabajadores nuevos: STS 15 de abril de 2014 [RJ 2014, 2945] y art. 3.3 de la Directiva 2001/23/CE): «salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida» (art. 44.4 ET).
- b) Subrogación convencional. Varias posibilidades: la primera que se reconozca sucesión de plantillas, en cuyo caso se aplica lo visto en el párrafo precedente. La segunda, que se determinen unos efectos concretos en el convenio colectivo, y a ellos habrá que estar, no pudiendo invocarse que no se ha sido parte en el proceso negociador, puesto que la aplicación de aquel se deriva de un imperativo legal. La tercera, que no se establezcan las consecuencias o alcance de la subrogación convencional: caben, a su vez, dos posibles interpretaciones: o que debería aplicarse, de manera supletoria, el art. 44 ET o, en su caso, que al no tratarse de uno de los supuestos de tal precepto, sí operaría la subrogación, pero directamente respecto a las condiciones establecidas en el convenio del nuevo empleador ya que no se ha establecido ni un procedimiento de transición ni un régimen particular.
- c) Pliego de condiciones. Habrá que estar a su contenido concreto y las posibles vías interpretativas que hemos sugerido en el apartado b).

Con ello, no obstante, no se acaban los problemas de interpretación y aplicación. El primero de ellos, recuérdese, el derivado del hecho de que no eran considerado empleados públicos. Sin embargo, entendemos que no por ello pierden su condición de trabajadores que prestan servicios para una Administración, por lo que se integrarían en el ámbito de su convenio salvo que se excluyan de manera objetiva y no discriminatoria. Y, en cualquier caso, se ha eliminado dicho problema desde la STC de 31 de octubre de 2018.

Sucedería, en todo caso, cuando se aplique el convenio de la entidad pública, puesto que si se mantiene el anterior de conformidad con el art. 44.4 ET, lo que se produciría sería un supuesto especial de concurrencia con una regla especial de articulación que, no obstante, plantearía problemas de duplicidad de convenios para la gestión de personal. Excepto que haya pacto en contrario y considerando que «el art. 44 ET no obli-

ga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, lo que impediría la regulación homogénea o unitaria de las condiciones de trabajo, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador. Tal interpretación no se opone a lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE, puesto que ésta limita la obligatoriedad del cesionario de mantener las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo hasta la entrada en vigor o aplicación de otro convenio colectivo» (STS 20 de enero de 1997 [RJ 1997/618], STJUE 11-9-2014 [TJCE 2014/220]).

A pesar de todo ello, todavía existen opiniones en el sentido de limitar la subrogación a empresas del mismo sector, estableciendo en caso contrario la imposibilidad de reconocer la misma. Sin embargo, ni el art. 44 ET ni el 130.3 LCSP, limitan en este sentido, por lo que, como conclusión, podemos afirmar que la subrogación convencional tiene plena validez en todo supuesto de reversión como consecuencia de la introducción de una novedosa regla que así lo prevé desde el año 2017, quedando superada, por tanto, las interpretaciones al amparo de una jurisprudencia dictada conforme a la regulación anterior y para supuestos concretos de sucesión de contratistas.

Ello claro, salvo mejor parecer...

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV (MONEREO PÉREZ, J. L. [dir.] y VILA TIERNO, F. [coord.]) (2018): *Curso de Derecho del Empleo Público*. Madrid: Tecnos.
- AA.VV (ALFONSO MELLADO, C. A. [coord.]) (2016): *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012. Elaborado por el Observatorio para la negociación colectiva*. Madrid: CC.OO / Lefevre el Derecho.
- ALFONSO MELLADO, C. (2016): “La reversión a la gestión directiva de servicios públicos. Problemas laborales”, en *Revista de derecho social*, núm. 73, págs. 25-44.
- AMAADACHOU KADDUR, F. (2015): “La determinación de las partes que conciertan el convenio colectivo de naturaleza estatutaria”, en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 180, págs. 267-304.
- CASTILLO BLANCO, F. (2017): “La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales”, en *Estudios de Relaciones Laborales*. Barcelona: CEMICAL.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2016): “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, en *Temas Laborales*, núm. 135.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (2014): “El principio de correspondencia representativa como límite en la negociación de empresa”, en *Revista de información laboral*, núm. 3.
- GÓMEZ ÁLVAREZ, T. (2004): *La transformación de las Administraciones Públicas*. Madrid: CES.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2018): “Las condiciones laborales de los trabajadores de los servicios públicos objeto de reversión”, en *Curso de verano de la Universidad de Málaga (Marbella; 3 a 6 de julio de 2018) sobre “La externalización y remunicipalización de los servicios públicos”*.
- LÓPEZ CUMBRE, L. (2017): “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, en *Revista Galega de Dereito Social - 2.ª etapa: (RGDS)*, núm. 3, págs. 101-147.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2017): *Indemnización por cese en el empleo público, crónicas y críticas de su actividad judicial*. Albacete: Bomarzo.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2016): “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, en *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 135, págs. 251-307.
- SALA FRANCO, T. (2018): “Acceso de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las Administraciones públicas”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.) (2007): *Comentarios a la Ley del Estatuto del Empleado Público*. Madrid: Lex Nova.
- TOMÁS JIMÉNEZ, N. (2013): *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*. Granada: Comares.
- VILA TIERNO, F. (2018): *Problemática en materia de contratación laboral en la Administración Pública Local. Algunas cuestiones de actualidad*. Granada: Comares.
- VILA TIERNO, F. (2008): *Guía Breve para la Búsqueda del convenio colectivo aplicable*. Legal Today: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/guia-practica-breve-para-la-busqueda-del-convenio-colectivo-aplicable#>.



## Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas desde la Ley 9/2017<sup>1</sup>

### *Multiservice companies in the public sector: news incorporated since Law 9/2017*

Susana Rodríguez Escanciano

Universidad de León (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

srode@unileon.es

#### NOTA BIOGRÁFICA

Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad de León. Profesora Titular de Universidad (excedente) y en la actualidad, desde el año 2011, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León. Cuatro sexenios de investigación. Autora de numerosas monografías, artículos doctrinales y capítulos de libro sobre temas relacionados con la materia de su especialidad. Miembro del consejo asesor de varias revistas jurídicas. Investigadora en más de cincuenta proyectos de investigación financiados por instituciones públicas o privadas. Ha impartido más de cien conferencias en distintos foros nacionales e internacionales. Ha sido galardonada con numerosos premios de investigación nacionales por sus estudios jurídicos. Entre otros: Primer Premio del Centro de Estudios Financieros, año 1995, año 2006 y año 2008; Primer Premio Nacional «Protección de datos personales», concedido por la Agencia Nacional de Protección de Datos (1997); Premio «Rafael Martínez Emperador», del Consejo General del Poder Judicial (1997); Primer premio de Artículos Jurídicos «García Goyena» (2003); Premio de investigación sobre energías renovables, obra social de Caja España (2004); Premio de estudio e investigación sobre las Administraciones Públicas Canarias del Instituto Canario de Administración Pública (2006); Premio Adolfo Posada, del Instituto Asturiano de Administración Pública (2007); Premio de artículos jurídicos en versión castellana «Degá Miquel Frontera», otorgado por el Ilustre Colegio de Abogados de Islas Baleares (2007); Premio de investigación sobre violencia de género, concedido por la Fundación Balear contra la Violencia de Género y la Cátedra de Estudios de Violencia de Género (2007); Premio Ciencias de la Salud. Fundación Caja Rural de Granada (Modalidad Investigación) (2008); Premio Blas Infante del Instituto Andaluz de Administración Pública (2008); Premio de investigación Consejo Económico y Social de Castilla y León (2010); Premio Revista Jurídica La Ley (2012); Premio Fernando Albi, Diputación de Alicante (2012); Premio 8 de marzo. Igualdad de las Mujeres, otorgado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2018).

#### RESUMEN

Cierto es que la utilización de técnicas de descentralización productiva no se limita al sector privado, sino que también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las necesarias para dispensar servicios de interés general a los ciudadanos. No menos verdad resulta que esta gestión indirecta ha conllevado una acusada devaluación

---

<sup>1</sup> Artículo publicado en el marco del proyecto de investigación financiado por el INAP: "Público y privado en la gestión de los servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración".

de las condiciones laborales de los trabajadores al servicio de las empresas contratistas o concesionarias ante la generalización de procesos de licitación *low prize*, participados por empresas multiservicios, las cuales, aprovechando la ausencia de una normativa *ad hoc*, se caracterizan por la reducción de los costes salariales y otros estándares laborales. Ante esta realidad, no puede sino valorarse de forma positiva la apuesta que desde la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, se ha realizado en aras a garantizar el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales, siendo necesario, no obstante, que el legislador laboral proporcione cumplida respuesta a las lagunas todavía existentes, sobre todo en los supuestos de subcontratación, donde las responsabilidades empresariales quedan ampliamente diluidas.

### **PALABRAS CLAVE**

Gestión indirecta de servicios públicos; Administraciones Públicas; descentralización; responsabilidades laborales; precariedad en el empleo.

### **ABSTRACT**

It is true that the use of productive decentralization techniques is not limited to the private sector, but has also penetrated and already has a general and strong presence in the public sector, in which it is present in almost all its activities, both in those required for the ordinary functioning of the entities that comprise it (surveillance, cleaning of premises, maintenance of facilities and equipment, administrative management, etc.), as well as those necessary to provide services of general interest to citizens. No less true is that this indirect management has led to a hard devaluation of the working conditions of workers at the service of contractor companies or concessionaires before the generalization of low-price bidding processes, participated by multi-service companies, which, taking advantage of the absence of an own regulation, are characterized by the reduction of wage costs and other labor standards. Faced with this reality, we can only value positively the bet that since the Law 9/2017, of Public Sector Contracts, has been made in order to guarantee the fulfillment of sectoral collective agreements, being necessary, nevertheless, that the Labor legislator provides a full response to the gaps still existing, especially in the cases of subcontracting, where business responsibilities are largely diluted.

### **KEYWORDS**

Indirect management of public services; public administrations; decentralization; labor responsibilities; precarious employment.

### **SUMARIO**

1. LA APUESTA POR LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. ASPECTOS POSITIVOS Y SU LADO OSCURO: EL AHORRO DE COSTES DERIVADO DE LICITACIONES *LOW PRIZE*. 2. EL EJERCICIO DE PRERROGATIVAS PÚBLICAS COMO VETO A LA DESCENTRALIZACIÓN: UN CONCEPTO DE AMPLIOS CONTORNOS. 2.1. LOS ESCASOS LÍMITES AL RECLUTAMIENTO TEMPORAL INDIRECTO. 2.2. LA «PAUPERIZACIÓN» DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS ASALARIADOS AL SERVICIO DE CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS. 2.3. LA INESTABILIDAD LABORAL INHERENTE. 2.4. INCREMENTO DE LA CONFLICTIVIDAD COLECTIVA. 3. LAS MEDIDAS CORRECTORAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 9/2017. LA APUESTA POR EL PROGRESO EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO. 3.1. LA TRANSVERSALIDAD DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES COMO INSTRUMENTOS TUITIVOS DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. 3.2. LA EXCLUSIÓN DE OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS SECTORIALES EN CUANTO A CONDICIONES SALARIALES SE REFIERE. 3.3. PRESUPUESTO BASE DE LA LICITACIÓN. 3.4. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN. 3.5. POSIBLE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR IMPAGOS SALARIALES. 4. EL OLVIDO DE LOS PELIGROS LABORALES DERIVADOS DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS. 4.1. LA ADMISIBILIDAD DE LA SUBCONTRATACIÓN COMO POSTULADO DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA. 4.2. LA IMPUTABILIDAD GLOBAL FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN DEL ADJUDICATARIO INICIAL A LA LUZ DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 4.3. LAS RESPONSABILIDADES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL *IUS LABORUM*. 4.4. EL LIMITADO JUEGO DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EMPRESARIAL. 4.5. EL CONCEPTO «PROPIA ACTIVIDAD» COMO REQUISITO *SINE QUA NON* PARA GENERAR LA CORRESPONSABILIDAD. 4.6. LA INOPERANTE REGLA DE LA SUBSIDIARIEDAD. 4.7. SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN. 5. CONCLUSIÓN. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. LA APUESTA POR LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. ASPECTOS POSITIVOS Y SU LADO OSCURO: EL AHORRO DE COSTES DERIVADO DE LICITACIONES *LOW PRIZE*

Las presiones para el ahorro de costes de personal, como importante contribución en aras a la reducción del déficit público, ha tenido como efectos más destacados no sólo el recurso a aquellas modalidades de contratación laboral más económicas (singularmente temporales) y que menor compromiso de gasto implican, sino también la opción frecuente por la prestación indirecta de servicios a los ciudadanos por medio de agentes privados, quienes, tras un procedimiento reglado en competencia, asumen la realización de parcelas asociadas a las atribuciones de las Administraciones. Este devenir ha alcanzado en las últimas décadas un acusado desarrollo.

En efecto, la tipicidad de las técnicas de descentralización productiva no se limita al sector privado, sino que también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las precisas para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios inherentes al Estado de Bienestar (Garate, 2018: 32).

En el entorno mercantil, la atribución a sujetos ajenos de una porción de la producción es una práctica harto común, que además se considera como un factor de eficiencia y eficacia desde el punto de vista del beneficio industrial. Bajo la premisa cierta de que las corporaciones pueden tener dificultades para realizar de forma competitiva todos y cada uno de los cometidos que componen su quehacer productivo, que pueden ser muy disímiles teniendo en cuenta la interactuación en mercados globalizados, se tiende hacia la especialización, concentrándose en el núcleo duro y central de su actividad (*core business*), prefiriendo encomendar a otros empresarios externos la realización de tareas auxiliares o anexas.

Bajo estas mismas premisas, la hipótesis de que la Administración encomiende a agentes extramuros de su estructura interna determinadas tareas puede resultar un destacado acicate, en una primera aproximación, a la hora de proporcionar servicios públicos a los ciudadanos por varias razones fundamentales:

En primer lugar, la concertación con empresas contratistas o concesionarias, adjudicatarios de un contrato, que aportan sus elementos materiales y humanos e infraestructuras a la prestación del cometido público asumido va a permitir una directa aplicación del postulado de la competencia o del incremento de la rentabilidad también en el seno de los poderes adjudicadores, en la medida en que supone sustituir parcialmente parte de su mano de obra y de su organización por su consecución en el mercado, contribuyendo, a la postre, a la dinamización de la economía (Bassols, 2007: 244).

En segundo término, conlleva un acusado ahorro de costes, tan importante para reducir el endeudamiento de las arcas públicas y aligerar la presión presupuestaria, garantizando, al tiempo, la dispensa de quehaceres públicos de primera necesidad como puede ser la educación, los servicios sociales o la sanidad (Villar, 2007: 155).

En tercer lugar, este discurrir permite atender situaciones de acumulación de tareas o necesitadas de solución inmediata, a la carencia de especialización o de capacitación de los empleados públicos en algunos asuntos novedosos o a la falta de flexibilidad de algunas de las categorías del derecho administrativo funcional, tal y como en ocasiones ha ocurrido con los calendarios, los permisos, las licencias, las vacaciones, la jornada y los horarios de trabajo.

En cuarto lugar, estas ventajas verán multiplicados sus efectos beneficiosos si la terciarización no se queda en un primer nivel (Administración-empresario adjudicatario de la prestación del servicio), sino que se extiende sucesivamente dando lugar a una larga cadena de empresas involucradas, de suerte que el contratista o concesionario inicial cede parte de su actividad a otra u otras empresas y estas, a su vez, a otras posteriores. Esta hipótesis provoca un acusado afinamiento del organigrama burocrático acompañado de un importante beneficio económico.

Ahora bien –y como efecto negativo–, a la consecución de este objetivo ha contribuido, sin duda, la adjudicación de los contratos administrativos a empresarios que han realizado ofertas *low price* a la hora de dispensar servicios públicos basadas en unas condiciones de trabajo progresivamente devaluadas a lo largo de la cadena de subcontratación.

Es más, la utilización de la descentralización productiva en el sector administrativo y en el sector mercantil no son equiparables, de suerte que el primero se rige por principios tales como, entre otros, la transparencia, la publicidad, la igualdad de trato entre licitadores y no discriminación entre interesados o la tutela de

la libre competencia empresarial, contando con una regulación propia o especial, cuyos preceptos, aunque no son incompatibles con lo dispuesto con la normativa laboral, se deben cohonestar oportunamente, no siempre de forma fácil, con dicha normativa que encuentra su esencia en la garantía de los derechos de los asalariados. Además de tales dificultades, que van a perjudicar, a la postre, a la parte más débil, es decir, a los empleados involucrados en los fenómenos de externalización, se une un dato insoslayable: la ausencia de una normatividad *ad hoc* permite a las empresas prestadoras de servicios esquivar la aplicación de los convenios sectoriales, eligiendo el que corresponde con aquella de las múltiples actividades que reconozca las menores retribuciones o elaborando convenios propios a escaso coste, ahorro que va a permitir participar en los procesos de licitación realizando ofertas a la baja (Merino, 2018; 134).

## 2. EL EJERCICIO DE PRERROGATIVAS PÚBLICAS COMO VETO A LA DESCENTRALIZACIÓN: UN CONCEPTO DE AMPLIOS CONTORNOS

La proyección de este modelo mercantil al ámbito del sector público plantea una duda primera y principal: ¿debería existir algún tipo de límite a la decisión administrativa de externalizar? O, formulando el interrogante en otros términos, ¿qué tipo de funciones se pueden descentralizar?

La respuesta se torna sencilla: ningún problema debe de existir para que sujetos privados colaboren en el desarrollo de un quehacer público de contenido prestacional o en la dispensa de un concreto servicio, quedando preterido únicamente el ejercicio de prerrogativas que impliquen autoridad y uso de potestades públicas, esto es, tareas reservadas al «Estado» como parte de su «núcleo irreductible, irrenunciable e indisponible». Este concepto ha sido perfilado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluyendo «aquellos poderes que son la encarnación de la soberanía del Estado y, como tales, confieren a quienes los conciertan la facultad de ejercitar prerrogativas que sobrepasan el ámbito del Derecho común, implicando privilegios y poderes coercitivos que obligan a los ciudadanos»<sup>2</sup>. Es decir, quedaría vetada la descentralización de aquel tipo de cometidos «que tengan una directa trascendencia para la situación jurídica de los ciudadanos y que, por ello, precisamente han de ir acompañados de las garantías de objetividad, imparcialidad e independencia» (Cantero, 2011: 69). Por tanto, el resto de quehaceres públicos podría ser externalizado. Esta tesis es la que acoge precisamente el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), cuyo art. 11.2, por expresa remisión a lo previsto en el art. 9.2, reserva a los funcionarios públicos «el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas» (Izquierdo y Molina, 1996: 13). Amplios son, pues, los márgenes de actuación.

### 2.1. Los escasos reparos al reclutamiento temporal externo

Como ya consta, el compromiso de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera asumido por el Estado Español como consecuencia de la incorporación al sistema monetario europeo ha incrementado las estadísticas de temporalidad, pues, tal como ha sido alertado por la doctrina, «en no pocas ocasiones, la Administración se ve obligada a recurrir a la externalización como vía de ocultación de la deuda pública que permite el mantenimiento de las exigencias –cada vez mayores– de nuestro Estado de bienestar, lo cual ha provocado una aceleración de los procesos de privatización o gestión indirecta de los servicios públicos por parte de las Administraciones, fruto tanto de las presiones para rebajar el gasto e incrementar la eficacia, como de los movimientos tendentes a reducir la dimensión del sector público» (Rodríguez-Piñero, 2014: 55), sin olvidar el diseño de «cauces más flexibles que los ofrecidos tradicionalmente por el Derecho Administrativo para la satisfacción de los intereses generales. En aras a la consecución de estos objetivos, las Administraciones se han aprovechado de modo recurrente del sistema de contratación pública con una única frontera» (Monero, 2015: 13), marcada por contornos amplios y un tanto borrosos: «en ningún caso podrán prestarse mediante gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos», términos que se han interpretado en el sentido de no dictar actos administrativos ni ejercer facultades de autotutela (Parejo, 1989: 23), permitiendo muchas veces recurrir a contratos con empresas

<sup>2</sup> STJUE de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, *Comisión contra Francia*.

que no encajan en la calificación de contrata ex art. 42 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), sino más bien en el concepto de cesión ilegal de personas trabajadoras prohibida por el art. 43 ET, al encontrarse perfectamente integradas en la esfera organicista de la entidad pública<sup>3</sup>.

Por ende, permítase la reiteración, «el contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida, ha pasado a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones como decisión imprescindible en muchas ocasiones si se quiere lograr la ansiada eficiencia en la dispensa del servicio a favor de los ciudadanos al menor coste posible rebasando incluso los contornos de lo permitido» (Rodríguez, 2010: 13). La propia limitación temporal de los contratos administrativos comporta que los trabajadores al servicio del empresario adjudicatario sean contratados a través de tipologías contractuales de duración determinada, de manera que mediante el recurso a este fenómeno se asiste a una suerte de «sustitución de lo que debería ser empleo de carácter indefinido ligado a la propia Administración por un empleo temporal a través de la empresa privada que se hace cargo de la prestación del servicio público» (Sanguinetti, 2007: 23).

Es más, cabe constatar un curioso fenómeno de reconversión empresarial de antiguas empresas contratistas dedicadas básicamente al contrato de obras públicas, que tiene por objeto la construcción, conservación o mantenimiento de una obra, hacia entidades dedicadas a la gestión integral de contratos públicos, de modo que se han creado organizaciones productivas, o más frecuentemente, grupos de corporaciones multiservicios que se ofrecen como edificadores y gestores *omnibus* de actividades públicas de todo tipo (desde la limpieza viaria o la recogida de basuras, gestión de residuos, mantenimiento de parques, instalaciones públicas, alumbrado, control de accesos, telefonía y recepción, logística, asistencia técnica, etc.) (Esteve, 2016: 79). Esta vía permite, a la postre, sustituir parcialmente parte del personal propio al servicio de su estructura por su reclutamiento en el mercado, amparada bajo el principio de libertad de empresa, en lugar de recurrir a una ampliación de la relación de plazas vacantes y a la subsiguiente selección de efectivos mediante convocatoria pública y a través del sistema de oposición, concurso-oposición o concurso, previstos legalmente. Pero, en contrapartida, estas empresas actúan como suministradoras de mano de obra proporcionando a la Administración ofertas competitivas basadas en bajos costes laborales. La precariedad laboral alcanza, así, el rango de normalidad.

## 2.2. La «pauperización» de las condiciones de trabajo de los asalariados al servicio de contratistas y concesionarios

La rebaja de los precios de los contratos públicos en los momentos actuales de restricciones presupuestarias va a afectar de manera directa y negativa sobre las condiciones laborales, que se ven perjudicadas, no sólo en la vertiente salarial, sino también en otros aspectos como una mayor inestabilidad en el empleo, un importante incremento de la carga de trabajo o una definición más polivalente de las funciones a realizar, circunstancias que se agravan ante un modelo de selección de contratistas o concesionarios que imponía una clara preferencia por los aspectos económicos. La precarización de las condiciones de este colectivo en aspectos salariales, jornada y carga de trabajo ha venido siendo manifiesta, al igual que el incremento de la siniestralidad, tanto por la mayor presión en el desarrollo de la actividad como por la menor dotación de recursos para la prevención de riesgos laborales, pues el interés empresarial se centrará en conseguir sus objetivos al menor coste posible logrando garantizar un margen de beneficios (Trillo, 2017: 24). De la misma manera, la privatización perjudica la protección colectiva de estos trabajadores, pues, por una parte, van a quedar extramuros del ámbito de actuación participativa de los órganos constituidos en la Administración, y, por otra, por la forma en que prestan sus servicios, las posibilidades de que sean atendidos por los cauces representativos de la empresa adjudicataria también resultan escasas. Ello sin olvidar, como postulado general, que las condiciones laborales aplicables serán las propias de su rama o –casi siempre– de su empresa, por lo común mucho más precarias que las previstas en el convenio colectivo de la Administración matriz para la que indirectamente se trabaja, quedando sometidos a una continua rotación y viendo impedida la generación de antigüedad y la marginada la promoción profesional.

<sup>3</sup> Entre las más recientes, SSTS, Social, de 26 de octubre de 2016 (núm. 4941/2016) y 2 de noviembre de 2016 (rec. 2779/2014) o STSJ, Social, Andalucía/Málaga de 21 de diciembre de 2016 (rec. 1686/2016).

Como mal menor, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea únicamente ha admitido recientemente, después de muchos pronunciamientos en contra, la posibilidad de obligar a los licitadores a comprometerse a pagar al personal que llevara a cabo las prestaciones objeto del contrato público el salario fijado en el convenio colectivo del lugar de ejecución del contrato (Miranda, 2016: 69)<sup>4</sup>. Así, en el asunto *Regio Post*, «el Ayuntamiento de Landau, en el Palatinado alemán, estableció en el contexto de la adjudicación de un contrato público de servicios postales una cláusula por la cual imponía a los licitadores y a sus subcontratistas, pagar un salario mínimo al personal que ejecutase las prestaciones objeto de esa licitación. RegioPost, una de las empresas que concurre al concurso, consideró que dicha cláusula era ilegal y en su propuesta no respetó su contenido. Obviamente, el Ayuntamiento no la tuvo en cuenta, siendo impugnada ante los Tribunales la decisión municipal. En el curso del litigio, se planteó la cuestión prejudicial, para intentar determinar si la normativa europea era relevante en el caso estudiado, puesto que tanto la autoridad licitadora como la empresa (y las restantes empresas competidoras) se encontraban en Alemania, entendiéndose el Tribunal que la exclusión de la licitación que imponía la norma no era gravosa en absoluto» (Toscani y Valenciano, 2016: 89)<sup>5</sup>. El salario mínimo venía impuesto por una disposición legal, de conformidad con el art. 3.1 de la Directiva 96/71, de ahí que el Tribunal de Justicia afirmara la compatibilidad de esta previsión sobre salario mínimo con el Derecho Comunitario (Moreno, 2016: 180). Esta doctrina es admitida por el Tribunal Supremo español siempre y cuando dicha cláusula sea establecida por parte de los órganos que tienen competencia para ello<sup>6</sup>. No falta, sin embargo, algún pronunciamiento de suplicación que ha considerado nula la inclusión de una cláusula en los pliegos que fija como parámetro de valoración en un proceso de licitación el compromiso de aplicar el convenio colectivo estatal a efectos salariales, no sólo por no estar directamente relacionado con el objeto del contrato sino porque supone una intromisión en el ámbito de la regulación salarial, no en vano el art. 84.2 ET otorga prioridad aplicativa al convenio de empresa entre otras materias en cuanto a «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa»<sup>7</sup>.

Como anteriormente se apuntó, el carácter amplio del objeto empresarial de las empresas multiservicios que se postulan como posibles adjudicatarias dificulta en muchas ocasiones encuadrar a estas corporaciones en el marco de una concreta regulación convencional sectorial, permitiendo, de algún modo, la selección empresarial de la norma convencional aplicable atendiendo al escurridizo criterio de la actividad preponderante<sup>8</sup>, con el fin último de evitar la aplicación del instrumento paccionado de la empresa cliente, es decir, la Administración Pública comitente. En otros casos, a los trabajadores de las empresas multiservicios se les aplica el convenio colectivo empresarial propio, que, como regla general, va a incorporar condiciones laborales inferiores al de sector.

En materia de Seguridad Social, el retroceso también es claro: la capacidad recaudatoria del sistema es menor por los salarios bajos, de forma que «las cotizaciones más reducidas repercuten en las futuras bases reguladoras y la temporalidad afecta a carreras de cotización que ponen difícil la consecución de los períodos de carencia necesarios para tener derecho a las prestaciones, por no hablar de una protección social complementaria inexistente dada la debilidad negocial» (Rojas, 2018: 283).

### 2.3. La inestabilidad laboral inherente

La precarización no solo alcanza a todas las condiciones laborales, sino que se manifiesta en el mismo momento de acceso al empleo, pues la modalidad habitual de contratación es el vínculo para obra o servicio determinado, justificado en la temporalidad de la contrata. Esta circunstancia lleva a admitir, además, la virtualidad de esta modalidad contractual mientras dure la contrata o concesión<sup>9</sup>, por más que se hayan introducido matices estableciendo que la sucesión de una empresa contratista por otra no extingue sin más el contrato de obra<sup>10</sup>, al igual que tampoco lo hace la rescisión *ante tempus* de la contrata<sup>11</sup> y ni siquiera la

<sup>4</sup> STJUE de 17 de noviembre de 2015.

<sup>5</sup> STJCE 115/14, de 17 de noviembre de 2015, asunto *RegioPost*.

<sup>6</sup> STS, Cont.-Admtivo, de 31 de mayo de 2016 (rec. 2974/2014).

<sup>7</sup> STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid de 7 de junio de 2017 (rec. 318/2016).

<sup>8</sup> STS, Social, de 17 de marzo de 2015 (rec. 68/2013).

<sup>9</sup> STS, Social, de 15 de enero de 1997 (rec. 3827/1995).

<sup>10</sup> STS, Social, de 17 de junio de 2008 (rec. 4426/2006).

<sup>11</sup> STS, Social, de 28 de abril de 2015 (rec. 1016/2014).

resolución parcial del encargo<sup>12</sup>, pues nada impide, a la postre, utilizar las vías de los arts. 51 y 52 c) ET, asegurando únicamente una indemnización en cuantía de 20 días de salario por año de servicio, muchas veces de montante irrisorio por lo reducido de la base de cálculo y de la exigüidad del tiempo de vinculación. Merece una valoración positiva que el Tribunal Supremo haya considerado que contrato de trabajo por obra o servicio vinculado a una contrata se convierte en indefinido cuando dicha contrata es objeto de sucesivas novaciones, que no meras prórrogas, pues se desnaturalizan tanto la intrínseca temporalidad del vínculo contractual como la sustantividad y autonomía propias características de esta modalidad contractual<sup>13</sup>.

Esta vía contractual ha llegado a convertirse en el cauce ordinario para la ocupación de sujetos adscritos a las empresas adjudicatarias, «provocando un empleo temporal artificial, para una actividad permanente de la Administración, cuya duración se limita como consecuencia de una decisión de la propia entidad pública». Se produce, a la postre, «una clara descausalización de la contratación a término y un ataque directo a la estabilidad en el empleo cercenando cualquier posibilidad de promoción profesional o de consolidación de pluses de antigüedad. Al tiempo, esta vinculación al encargo impide, desviadamente como anomalía jurídica, la normal aplicación del principio legal o convencional de sucesión o subrogación empresarial en los supuestos de cambio de titularidad en contrata o subcontratas» (Monereo, 2007: 309).

Un paso importante a la hora de desligar el contrato por obra o servicio de un proceso de subcontratación viene asociado a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (asunto *De Diego Porras*), pues su doctrina ha sido aplicada también a un supuesto en el que el contrato utilizado ha sido el de obra o servicio determinado en el marco de una contrata, entendiendo que la extinción de este instrumento contractual comporta la obligación de la empresa de abonar al trabajador una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el máximo de 12 mensualidades, equiparándose así el fin del vínculo para obra y la terminación por razones objetivas de un vínculo indefinido<sup>14</sup>. Ahora bien, no deja de reconocerse una causa automática indemnizada de extinción objetiva de estos contratos ante la resolución anticipada de la contrata, ya sea total o parcial (Vicente, 2018: 280).

Es más –y como motivo de preocupación adicional–, no procede olvidar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha vuelto a pronunciarse, ahora en Gran Sala, el 5 de junio de 2018, en los asuntos *Montero Mateos y Grupo Norte Facility*, cambiando el criterio, entendiendo justificada la diferencia sobre la existencia y cuantía de la indemnización según que la modalidad contractual sea de duración determinada o indefinida. Acoge como postulado para llegar a esta conclusión el factor de «previsibilidad» o «certeza» en cuanto a la finalización de cualquier contrato temporal, circunstancia que no concurre en los contratos de duración indefinida, en los que la extinción debe producirse por una causa no prevista al iniciarse la prestación laboral y que puede ser tanto de índole objetiva como disciplinaria.

Deviene necesaria, pues, la intervención del legislador en aras a reconducir los términos de utilización del contrato por obra o servicio capaz de desvincularlo de los procesos de contratación administrativa.

#### 2.4. Incremento de la conflictividad colectiva

La temporalidad y la devaluación generalizada en las condiciones laborales de los asalariados al servicio de las empresas contratistas y concesionarias, acompañada en muchas ocasiones de impagos de salarios y de falta de ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social por los empleadores adjudicatarios, ha generado el surgimiento de numerosos conflictos colectivos, muy mediáticos por afectar a un número muy amplio de usuarios de los servicios públicos, pero la mayoría de las veces poco efectivos desde la perspectiva de las conquistas sociales planteadas, al quedar afectadas *in peius* «por la des-sindicalización ante la atomización del tejido empresarial y las dificultades de identificación de un interés común» (Monereo, 2018: 271). A ello acompaña una generosa delimitación por la autoridad gubernativa de los servicios mínimos en garantía de los esenciales «a riesgo de convertir el concepto de servicios esenciales en el de servicios públicos» (Baylos, 1988: 2002) que van a seguir operando a ritmo casi normal, olvidando los principios de motivación y de proporcionalidad de sacrificios a sabiendas de que el control judicial siempre llega tarde (Monereo, 2015: 330), máxime si a esto se añade el muy relativo respeto por parte de la autoridad gubernativa de las resoluciones judiciales condenatorias que consideran *a posteriori* que tales servicios mínimos no debieron

<sup>12</sup> STS, Social, de 12 de junio de 2008 (rec. 1725/2007).

<sup>13</sup> STS, Social, de 19 de julio de 2018 (rec. 823/2017)

<sup>14</sup> STSJ, Social, País Vasco, de 18 octubre de 2016 (rec. 1872/2016).

ser fijados o eran excesivos, imponiendo en huelgas posteriores servicios mínimos similares o iguales a los que fueron anulados en su momento (González, 2018: 31).

Otros múltiples factores van a incidir en el escaso éxito de las reivindicaciones, pudiendo mencionar la presión de los ciudadanos que no se conforman con una atención mínima y de peor calidad; la posible dispensa de la actividad descentralizada con medios administrativos propios socavando la prohibición del esquirolaje interno; o el fácil recurso a un arbitraje obligatorio, que se ha utilizado, no sólo ante huelgas especialmente perjudiciales para la economía, caracterizadas por la posición alejada de las partes y la larga duración, sino como técnica de tutela de los usuarios o consumidores ante el incumplimiento de los generosos servicios mínimos (Cordero y Vivero, 2018: 666).

Sin olvidar tampoco que lógicamente el empresario directo tampoco va a soportar estoicamente la huelga, sino que acometerá actuaciones de defensa para tratar de contrarrestar los problemas causados por los huelguistas, máxime cuando pueden derivarse compensaciones económicas o indemnizaciones para los usuarios de los servicios<sup>15</sup>. En este sentido, no es ocioso poner de manifiesto que, en el imaginario empresarial español, el cierre patronal se ha abandonado casi por completo como mecanismo de defensa frente a una huelga (ilegal) y, por el contrario, las estrategias patronales actuales se amoldan mejor a una vertiente utilitarista centrada en el intento claro de mantener la producción (Tascón, 2018: 46). Así, entre los cuantiosos poderes que le corresponden al adjudicatario cuyo ejercicio puede suponer una forma de impedir la huelga, cabe mencionar las advertencias intimidatorias antes del inicio del conflicto, acerca de la supuesta ilegalidad y/o de las consecuencias negativas que pueden derivarse: sanciones, pérdida de contratos con la Administración o con otras empresas o despidos, particularmente los colectivos o por causas objetivas, justificados en la repercusión de la huelga en la marcha de la corporación con la consiguiente necesidad de supresión de puestos de trabajo<sup>16</sup>.

La escasa posibilidad de impacto del derecho de huelga en este contexto aboca a que gane importancia, en aras a conseguir una más justa redistribución de los réditos de la actividad productiva, la mera exhibición pública del conflicto, conformándose los afectados con otros métodos menos agresivos, normalmente con proporcionar visibilidad y publicidad a la declaración de una huelga futura con un margen de tiempo muy superior a los diez días exigidos, que posteriormente queda diluida ante la dificultad que reviste paralizar efectivamente la actividad laboral dadas las escasas posibilidades de éxito en las reivindicaciones (Grau, 2018, 381).

No obstante estos inconvenientes, lógicamente, los asalariados de las empresas contratistas y concesionarias pueden recurrir a la huelga como medida de presión, de modo que la cesación de la actividad va a repercutir de manera negativa en la Administración comitente. Cierto es que el Tribunal Constitucional, a partir del caso *Samoa*, ha dejado claro que la huelga en una empresa contratista no puede justificar la rescisión de la encomienda por parte de la principal, pues «de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcanzasen únicamente al contratista, empresario directo de la relación laboral, y no al empresario principal»<sup>17</sup>.

Ahora bien, los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo parecen tener en cuenta, tal y como ha señalado la mejor doctrina, que el hecho de declararse la huelga en la empresa contratista no «constituye un desenlace jurídico por completo ajeno a la empresa principal, con independencia de que los trabajadores realicen o no el trabajo en su centro de trabajo», de modo que cabe plantear «el alcance del deber de soportar la huelga sin adoptar medidas para reducir sus efectos en la esfera patrimonial» (Goerlich, 2018: 189)<sup>18</sup>.

Descartada la obligación de la Administración de negociar con la representación de los huelguistas de una empresa contratista<sup>19</sup>, no hay que olvidar que la LCSP, en su art. 211, habilita al órgano contratante para resolver la adjudicación atendiendo a dos extremos que podrían resultar de aplicación: «la demora en el cum-

<sup>15</sup> Significativo es que la STJUE de 17 de abril de 2018, asuntos acumulados C-195/17, C-203/17, C-228/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 a C-282/17 y C-290/17 a C-292/17, obligue a la empresa a indemnizar a los afectados en caso de cancelación o de gran retraso de un vuelo en un supuesto de «huelga salvaje», carente de previo aviso, del personal de navegación ante el anuncio de unas medidas de reestructuración empresarial.

<sup>16</sup> SSTS, Social, de 12 de febrero de 2013 (rec. 254/2011), 20 de septiembre de 2013 (rec. 11/2003) y 18 de julio de 2014 (rec. 11/2013).

<sup>17</sup> STCo 75/2010, de 19 de octubre.

<sup>18</sup> SSTS, Social, de 16 de noviembre de 2016 (rec. 99/2016), asunto *Altrad*, 23 de enero de 2017 (rec. 60/2017), asunto contratistas de *Telefónica* y 13 de julio de 2017 (rec. 25/2017), asunto *Indra*.

<sup>19</sup> SAN, Social, de 28 de octubre de 2015 (rec. 223/2015) y STS, Social, de 23 de enero de 2017 (rec. 60/2016).

plimiento de los plazos por parte del contratista» y «el incumplimiento de la obligación principal del contrato». Ahora bien, aun cuando el incumplimiento de la empresa contratista o concesionaria de sus compromisos contractuales en caso de huelga vetaría el recurso a estas vías de resolución de la contrata, pues supondría una clara desnaturalización del derecho fundamental, lo cierto es que resultan admisibles otras técnicas más sofisticadas, admitidas por los tribunales de lo contencioso-administrativo, como podría ser «una encomienda de gestión del servicio a una empresa pública ante el incumplimiento de los servicios públicos»<sup>20</sup>.

### **3. LAS MEDIDAS CORRECTORAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 9/2017. LA APUESTA POR EL PROGRESO EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO**

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha manifestado desde antiguo una clara preocupación para conseguir que en las obras o servicios descentralizados por la Administración hacia empresarios privados se respete la normativa laboral y se ofrezcan condiciones profesionales aceptables a los asalariados ocupados en ellos, pudiendo hacer referencia como más significativos al importante Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), de 1949 (núm. 94), acompañado de la Recomendación núm. 84, de la misma denominación y de la misma anualidad. Parafraseando a la mejor doctrina «para lograr tal objetivo, este Convenio utiliza una técnica jurídica peculiar: en lugar de imponer la obligación de los Estados de establecer en su legislación que los contratistas reconozcan a sus trabajadores salarios y condiciones de trabajo no menos favorables a las del lugar y actividad en cuestión, prevé que la legislación nacional obligue a las Administraciones públicas a incorporar en los contratos administrativos las denominadas cláusulas de trabajo, en virtud de las cuales los contratistas deben comprometerse a reconocer a sus trabajadores salarios, horarios y condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas en convenio colectivo, laudo o normativa estatal para un trabajo de igual naturaleza en la misma actividad y en la región donde se ejecute el contrato. Este sistema tiene la ventaja de crear una responsabilidad contractual específica frente a la Administración, garantizada incluso con la posible resolución del contrato, pero tiene el inconveniente de dejar esa obligación a los avatares de la lógica competitiva, factor de debilidad que el tiempo ha acentuado en los sistemas continentales de contratación» (Rodríguez-Piñero, 2005: 5).

A la vista de la Estrategia Europa 2020, que adopta como uno de sus postulados esenciales el de lograr una economía con alto nivel de empleo y cohesión social, la nueva Directiva 2014/24, de 26 de febrero, sobre contratación pública, transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), adopta, entre sus aspiraciones, el diseño de políticas de progreso de la Unión Europea en materia laboral o social, no en vano hace referencia a los aspectos de esta naturaleza en diversos preceptos relativos a la definición del objeto del contrato (art. 62), en los motivos de exclusión de contratistas (art. 57), en los criterios de adjudicación (art. 67) y en las condiciones de ejecución (art. 70) (Romero, 2017: 127). Esta Directiva afianza la senda hacia la denominada «utilización estratégica de las reglas de la contratación administrativa» o, dicho en otros términos, hacia la «modulación teleológica de las reglas de la contratación pública» (Molina, 2016: 79), postulado de gran importancia atendiendo a las cifras manejadas por la propia Comisión Europea que ponen de manifiesto cómo esta actividad alcanza casi el 20 por 100 del PIB de la Unión. Esta Directiva supone la expresión más reciente en la Unión de la necesidad de que todos los Estados miembros adopten una política más proactiva de orientación social de la compra pública, condicionando el modelo precedente basado casi en exclusiva en la «oferta económicamente más barata» (Molina, 2017: 105). Como ha sentado la doctrina, «ignorar la versatilidad estratégica de la contratación pública supone renunciar al liderazgo institucional que corresponde a los poderes públicos» (Gimeno, 2014: 53) en el ámbito de la descentralización de actividades.

#### **3.1. La transversalidad de las cláusulas sociales como instrumentos tuitivos de los derechos de los trabajadores**

Con la intención de dar cumplimiento al objetivo de «diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga el mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una me-

<sup>20</sup> STSJ, Cont.-Admto., Madrid, de 2 de junio de 2015 (rec. 306/2015).

jora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos» (Pintos, 2017, 3), el art. 1.3 LCSP prevé 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, facilitando, al tiempo, el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social» (Larrazabal, 2017: 151), sin olvidar afianzar el cumplimiento de la «garantía de la libre concurrencia, pues evita que los licitadores busquen el incumplimiento de las condiciones laborales como medio para reducir costes» (Ferrando y Rodríguez, 2017: 236), objetivo este último a salvaguardar por la «Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública» (Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo) (Larrazabal, 2016: 310).

Buena muestra de tan amplio propósito de aplicación transversal de condiciones sociales en todo el proceso de contratación puede encontrarse en el art. 122.2 LCSP que exige «la introducción en los pliegos de cláusulas administrativas particulares», definidores de la dinámica de la relación contractual perfeccionando las prerrogativas y obligaciones de cada una de las partes, de «las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan», en referencia, por tanto, a todas las fases que integran el proceso de contratación: preparación, adjudicación y ejecución.

### **3.2. La exclusión de ofertas anormalmente bajas: el cumplimiento de los convenios sectoriales en cuanto a condiciones salariales se refiere**

La Ley 9/2017 introduce una regulación más estricta en cuanto al rechazo de las ofertas anormalmente bajas, pues el art. 149.4 deja claro que, en todo caso, «los órganos de contratación rechazarán aquellas propuestas que no cumplen la normativa sobre subcontratación o las obligaciones aplicables en materia social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201». Sin embargo, no se entiende por qué, marginando otro tipo de normas internacionales, el art. 201 remite a un listado tasado de convenios de la OIT, cuales son los siguientes: «núm. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, núm. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, núm. 29, sobre el trabajo forzoso, núm. 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, núm. 138, sobre la edad mínima, núm. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), núm. 100, sobre igualdad de remuneración o núm. 182, sobre las peores formas de trabajo infantil». La única explicación posible podría encontrarse en la selección de convenios realizada por la «Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998», pues entiende que tales instrumentos se aplican a la generalidad de los ciudadanos en todos los territorios.

Asimismo, sorprende la referencia expresa al incumplimiento del convenio colectivo sectorial, alterando el sistema de fuentes establecido en el ET, en virtud del cual, en determinadas materias el pacto colectivo de empresa tiene prioridad aplicativa sobre el sectorial, a saber: «a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2» (art. 84.2 ET) (Pérez y Zambonino, 2008: 52).

Merece, no obstante, una valoración muy positiva la mención explícita de tales convenios sectoriales y, por tanto, su obligatorio respeto con independencia de la existencia de un convenio de empresa, pues en muchas ocasiones los convenios de empresa se han hecho para, tras un descuelgue, reducir de manera importante las condiciones laborales esenciales de los asalariados, principalmente las salariales. Con esta previsión parece que se termina con las dudas que planteaba, en paradigmático ejemplo, la incorporación de previsiones garantistas de este tipo en algunas disposiciones forales en relación con contratos administrativos de obra, respecto de las cuales la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo había

considerado necesaria la intervención del legislador (Larrazabal, 2015: 125)<sup>21</sup>. El paso dado por la LCSP ha sido importante en aras a garantizar la transparencia y a evitar la precarización de las circunstancias laborales de los asalariados privados que prestan servicios públicos, pero la lectura puede que no sea tan positiva si se tiene en cuenta que la exigencia de que el convenio sectorial esté «vigente» puede evitar su aplicación si ha sido desplazado, en las materias que prevé el art. 84.2 ET, por un convenio de empresa.

### 3.3. Presupuesto base de la licitación

Al fin de garantizar los salarios de los trabajadores, contribuye también la exigencia de «desglose en el presupuesto base de licitación (esto es, el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación), indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos donde el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia» (art. 100 LCSP).

Asimismo, «en el cálculo del valor estimado de los contratos deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial... En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación» (art. 101 LCSP). Igualmente, la previsión que sienta que «en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios» (art. 102.3) (Marcos, 2015: 108).

### 3.4. Condiciones especiales de ejecución

«La posibilidad de supeditar las adjudicaciones de los contratos públicos a la colaboración del adjudicatario en determinadas políticas sociales se muestra ya con claridad en el Libro Verde de la Contratación Pública de la Unión Europea»<sup>22</sup>, el cual en su apartado 5.42 establece «la imposición, como condición de ejecución de los contratos administrativos adjudicados, del respeto de las obligaciones de carácter social, encaminadas, por ejemplo, a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de determinadas categorías desfavorecidas» (Pérez, 2006: 29). Los poderes adjudicadores «pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del mismo que sean compatibles con el Derecho Comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas laborales a favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo» (Vázquez, 2016: 28).

Con las posibilidades que marca la Directiva 2014/24, el art. 35.1 n) LCSP incluye entre las previsiones expresas que debe de incluir el documento en que se formalice el vínculo público correspondiente, una vez adjudicado, la relativa a «la obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el período de ejecución del contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio de aplicación». En una primera aproximación, se podría cuestionar la pertinencia u oportunidad de incorporar este apartado que no es sino un recordatorio de una obligación que ya recae sobre el empresario contratista en virtud del ordenamiento jurídico laboral vigente y que debiera resultar indisponible para las partes al formalizar el contrato administrativo, si bien no debe soslayarse la importante seguridad jurídica que incorpora para los trabajadores de las empresas adjudicatarias, máxime cuando el art. 122.2 LCSP recoge expresamente la inclusión en «los pliegos de cláusulas de condiciones administrativas» de «la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación»<sup>23</sup>, de manera que mientras dure el contrato público se ha de entender que el empresario tendrá vedado el poder recurrir a

<sup>21</sup> SSTS, Cont.-Admivo., de 23 mayo, 31 mayo y 2 de junio de 2016 (rec. 1383/2015, 1242/2016 y 852/2015).

<sup>22</sup> DOCE C-374E, de 28 de diciembre de 2000.

<sup>23</sup> En línea con la STJCE 115/14, de 17 de noviembre de 2015, asunto *RegioPost*.

los mecanismos que la legislación laboral actual reconoce para poder inaplicar lo dispuesto en materia retributiva en una norma paccionada de ámbito superior a la empresa, esto es, al descuelgue de las condiciones salariales previstas o a la aplicación prioritaria de lo dispuesto en el convenio de empresa respecto a otro de ámbito superior. Se está corrigiendo, al menos en el ámbito de la contratación administrativa, una de las aportaciones sustanciales de la reforma laboral de 2012, a saber, la prioridad aplicativa de los pactos colectivos de empresa sobre los convenios de sector, en los términos previstos en el art. 84 ET, al venir obligadas las empresas licitadoras a satisfacer, en todo caso, los salarios (previsiblemente superiores) del convenio sectorial correspondiente a la actividad externalizada como medida para dignificar las circunstancias de trabajo de los trabajadores adscritos a la contrata y evitar estrategias de licitación a la baja a base de reducir costes laborales con grave distorsión de la competencia (Cavas, 2017: 271). En efecto, se evita así que las corporaciones participantes en los procedimientos de contratación pública puedan incurrir en competencia desleal respecto a otras ofreciendo propuestas económicamente más favorables para la Administración mediante la reducción de los costes salariales posibilitada por la inaplicabilidad de lo dispuesto en el convenio sectorial, práctica habitual hasta ahora de la mano de las empresas multiservicio (Martín, 2018: 110). Con esta regulación se pone fin a la polémica anterior, pues tal exigencia había venido siendo admitida por el TACP de Madrid<sup>24</sup>, pero fue anulada por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 7 de junio de 2017<sup>25</sup>.

Además, el art. 202 LCSP establece, al igual que su precedente, la posibilidad de que «los órganos de contratación establezcan condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos»<sup>26</sup>.

Esta exigencia de vinculación al objeto de contrato añade un condicionante que limitará el juego de estas condiciones (Gala, 2010: 27), pero que viene exigido por el considerando 98 de la Directiva 24/2014, debiendo ser entendido en los generosos términos que marca la propia LCSP en su art. 145: «cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material» (Vallecillo, 2017: 193).

A cambio, el actual art. 202 LCSP establece la obligación de incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución siguientes enunciadas en un listado abierto que se transcribe literalmente: «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

<sup>24</sup> Resoluciones de 3 de febrero de 2016, 6 de octubre de 2016, 18 de enero de 2017, 1 de febrero de 2017 y 18 de julio de 2017.

<sup>25</sup> Rec. 318/2016.

<sup>26</sup> Antes de la actual LCSP, el Informe 16/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ha llegado a la conclusión de que «la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de una condición especial de ejecución en virtud de la cual se obligue a las empresas adjudicatarias a no minorar las condiciones de trabajo (jornada, salario y mejoras sobre la legislación laboral básica) de los trabajadores adscritos al contrato en el que se incorpora la misma, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta, no vulnera el ordenamiento jurídico español ni el Derecho de la Unión Europea siempre que no sea discriminatoria y se respete el principio de publicidad». Sin embargo, la Resolución núm. 160/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales consideró inadmisibles las siguientes condiciones especiales de ejecución por condicionar el poder de dirección del empresario: «cualquier modificación sustancial de las condiciones de trabajo requerirá conformidad previa por parte del Alcalde; en el caso de declaración judicial de despido improcedente, procede de forma forzosa la readmisión, salvo que el afectado optara por la indemnización, previa aprobación por el Pleno; para un mejor control de los trabajadores, la empresa adjudicataria intentará dentro de lo posible la adscripción de los trabajadores en los ámbitos de las dependencias municipales y colegios».

estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico); 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».

El art. 202.4 LCSP añade, como novedad, que «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, exigencia que evitará la precarización de las condiciones de trabajo en las cadenas de subcontratación».

Conviene tener presente también que el art. 202 LCSP es aplicable, a tenor del art. 319.1 LCSP, «a los efectos y extinción de los contratos celebrados también por los poderes adjudicadores no pertenecientes a la categoría de Administraciones públicas, como excepción a la aplicación de las reglas de derecho privado (fundaciones públicas, mutuas, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, fondos sin personalidad jurídica o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos siempre que se cumplan determinadas circunstancias como que su financiación sea mayoritariamente pública, u otro tipo de asociaciones de carácter público)».

### **3.5. Posible resolución del contrato administrativo por impagos salariales**

El nuevo art. 211 LCSP incluye como garantía de los derechos laborales una nueva causa de resolución del contrato en su apartado i) cual es «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».

El art. 212 LCSP aclara que «la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca. No obstante lo anterior, la resolución del contrato por la causa a que se refiere la letra i) del artículo 211.1 solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista; excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio».

## **4. EL OLVIDO DE LOS PELIGROS LABORALES DERIVADOS DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATAS**

Pese a todos estos avances en cuanto a la calidad en el empleo hace, es menester parar la atención en un supuesto todavía desprotegido, derivado de la subcontratación sucesiva de una adjudicación inicial. Ciertamente es que, como ha señalado la doctrina, «cuando la Administración comitente y el empresario adjudicatario celebran un contrato administrativo, su ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos del segundo al servicio de la primera por razón de ese encargo, de modo que el objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del mencionado empresario, elegido por la Administración tras un proceso reglado, como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración» (Manteca, 2005: 33). Tal postulado no impide, empero, que la sustitución en parte del licitador que ha conseguido el contrato administrativo, llevada a cabo a través del instrumento de la subcontratación, sea una realidad en ascenso. Es harto frecuente que los titulares de los nexos públicos acudan a colaboradores, asumiendo estos últimos la cualidad de «empleadores principales» de otros a efectos laborales.

#### 4.1. La admisibilidad de la subcontratación como postulado de la legislación administrativa

Teniendo en cuenta que el adjudicatario no es sustituido en su emplazamiento y vinculación respecto de la Administración, la legislación contractual pública adopta un criterio flexible, admitiendo sin ambages el recurso a la subcontratación, no en vano no concurriendo suplantación total del adjudicatario, no se altera la naturaleza jurídica del encargo.

El art. 215 LCSP pergeña unos tímidos requisitos: «no se precisa y, por ende, no es obligatoria, la previa autorización expresa del órgano de contratación (salvo para aquellos contratos de carácter secreto o reservado, en aquellos cuya ejecución deba de ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado); antes al contrario, únicamente es necesario para ello comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y –cómo no– la identidad del subcontratista, justificando, al tiempo, suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En ningún caso podrá concertarse con el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar o afectadas por alguna causa de prohibición» (Rodríguez, 2010: 43).

#### 4.2. Imputabilidad global frente a la Administración del adjudicatario inicial a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público

En aras a garantizar la probidad del vínculo contractual público, la nueva Ley no se opone al recurso de la subcontratación; solamente exige, además de la observancia de las aludidas formalidades, algunos vetos que pretenden garantizar la imputabilidad global del empleador beneficiario *ab initio*. En los claros términos del art. 215, «el contratista principal –es decir, el adjudicatario– continúa obligado a todos los efectos ante el poder adjudicador y el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal. De esta diferenciación obligacional, cabe inferir la existencia de dos contratos perfectamente distintos: uno, de naturaleza pública, es decir, el del poder adjudicador con el agente adjudicatario, y, otro, de naturaleza privada, esto es, entre este último y un nuevo empresario, de lo que se deduce que la subcontratación no implica la existencia de una tercera parte en el contrato público, sino únicamente una relación jurídica y económica entre el adjudicatario y el subcontratista ajena a la relación principal entre el poder adjudicador y el primero» (Rodríguez, 2010: 44).

Ahora bien, tal disimilitud, operativa desde el tenor legal, no siempre está tan aquilatada en la realidad, máxime cuando entra en juego una posible responsabilidad en materia laboral, pese a que según el art. 215.4 LCSP «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... social o laboral».

Como no podía ser de otra manera, estas reglas de contratación pública se deben de combinar con otras laborales, singularmente con lo previsto en el art. 42 ET, «que no parte de una consideración ilegal o patológica de la descentralización, sino de su licitud, pero sin perder de vista cómo tal fenómeno puede provocar un desplazamiento de responsabilidades empresariales capaz de perjudicar la efectividad de los derechos de los trabajadores» (Mercader, 2018: 208), se detiene en establecer una serie de cautelas que compaginan mal con la ordenación administrativa anteriormente transcrita.

#### 4.3. Las responsabilidades desde el punto de vista del *ius Laborum*

La doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo la aplicación del régimen jurídico previsto en el art. 42 ET al ámbito de los contratos del sector público (Nores, 2004: 37), en especial, «tras una serie de sentencias en las que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad de este principio en el ámbito de las Administraciones públicas, no en vano el término *contratas* y *subcontratas* utilizado por el art. 42 ET tiene un marcado carácter atécnico» (Cruz, 1992: 114). Utilizando palabras del propio Tribunal Supremo, «el área prestacional y no económica en que son encuadrables las obras o servicios públicos encomendados por las Administraciones a quienes son empleadores directos de los trabajadores, efectuados mediante contratación administrativa, no excluye por la condición pública del titular de las obras o servicios, la aplicación del art. 42 ET, dado que dicha cualidad no es obstáculo para que tales entidades, de haber asumido directamen-

te y por sí mismas la gestión de las referidas obras o servicios, con los que atienden a la consecución de los fines enmarcados en el área de su competencia, hubieran actuado como empleadores directos»<sup>27</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que la Ley laboral establece una serie de garantías en beneficio de los asalariados, fundadas en el esbozo de un entramado de responsabilidades que alcanzan incluso a la empresa principal para el supuesto de incumplimiento por parte de las empresas colaboradoras de sus obligaciones laborales.

Chocan, pues, dos ordenamientos inspirados en principios distintos: de un lado, el *Ius Laborum*, muy restrictivo, cuyo objetivo principal no es otro que el de proteger a los asalariados y al sistema público de Seguridad Social de la insolvencia de los empresarios contratistas y subcontratistas involucrados en una cadena de subcontratación de concesiones administrativas; de otro, el administrativo, mucho más permisivo, pues admite con normalidad la subcontratación, «preocupándose únicamente de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público y de establecer cautelas únicamente tendentes a evitar los supuestos más extremos consistentes en la existencia de concesionarios exclusivamente dedicados a la captación de contratos y a su posterior intermediación con los contratistas reales, haciendo peligrar la eficiencia en la prestación del servicio en perjuicio de los usuarios» (Rodríguez, 2006: 26).

#### 4.4. El limitado juego del principio de solidaridad empresarial

En un primer acercamiento, el sistema jurídico laboral no introduce restricción alguna que impida al adjudicatario, en uso de su libertad de empresa constitucionalmente proclamada por el art. 38 CE y de su poder de organización (art. 20 ET), recurrir a la colaboración externa para completar su actividad productiva. Ahora bien, con el fin último de erradicar el riesgo de fraudes y de transgresiones laborales que cualquier técnica de *outsourcing* puede llevar aparejados, toda vez que la simultaneidad de varios empleadores hace más fácil la elusión de deberes y responsabilidades, no puede extrañar que la ley laboral se esfuerce en establecer una serie de precauciones o salvaguardas en beneficio de los trabajadores, agrandadas en muchos casos por una generosa interpretación de los órganos judiciales, que no han impedido, empero, el incremento de los *ratios* de empleo a término ni el surgimiento de subterfugios para eludir pagos salariales y cotizaciones a la Seguridad Social.

Como no podía ser de otra manera, el entramado de responsabilidad administrativa diseñado desde la LCSP no implica, sin embargo, que los derechos de los asalariados inmersos en el proceso de externalización queden ayunos de protección, pues la aplicación del art. 42.2 ET deja clara la existencia de una «responsabilidad solidaria durante el año siguiente a la terminación del encargo entre la Administración, el contratista y los subcontratistas por las deudas salariales contraídas por estos últimos con sus empleados». Además, y «durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, el empresario principal (la Administración, *in casu*) responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas». En ambos casos, se trata de débitos generados durante la vigencia de la contrata.

De la presente regulación social se infiere que la corporación comitente o principal «responde solidariamente de las obligaciones salariales y de la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores no porque ostente la posición de empleadora respecto de éstos, sino porque el legislador le ha atribuido el papel de avalista o garante legal del cumplimiento de dichas obligaciones. Por tanto, la responsabilidad alcanzará a la Administración o, en términos más generales, a todos los empresarios implicados en la cadena de contrata y subcontratas respecto de las obligaciones de los empresarios sucesivos»<sup>28</sup>.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, «sin duda el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de actividad empresarial, supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrate. Así, a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado..., (de modo que) ésta

<sup>27</sup> STS, Social, de 15 de julio de 1996 (rec. 1089/1996). También, SSTS, Social, de 18 de marzo de 1997 (rec. 3090/1996) y 29 de octubre de 1998 (rec. 1213/1998).

<sup>28</sup> STS, Social, de 9 de julio de 2002 (rec. 2175/2001).

no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido»<sup>29</sup>.

Doble proyección presenta esta responsabilidad: por un lado, sobre las «obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores», incluyendo las deudas salariales sin limitación en su importe pero no cualquier otra (percepciones extrasalariales, salarios de tramitación o indemnizaciones por terminación del contrato)<sup>30</sup>; por otro, sobre las «obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata», afectando a los «descubiertos por cuotas impagadas y a las prestaciones de las que hubiera sido declarado responsable el contratista o subcontratista por falta de afiliación alta o cotización, pero no a las mejoras voluntarias» (arts. 165 y 167 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS))<sup>31</sup>.

#### 4.5. El concepto «propia actividad» como requisito *sine qua non* para generar la corresponsabilidad

La apuesta por la garantía solidaria acogida por el art. 42 ET, de aplicación también a los supuestos de externalización de contratos administrativos, queda supeditada a la concurrencia de una exigencia *sine qua non*: «que el objeto de la contrata o concesión administrativa pertenezca a la propia actividad» de la Administración comitente, «concepto jurídico harto problemático, pues la frontera entre lo principal y lo accesorio no siempre resulta nítida ni mucho menos generalizable, máxime cuando las Administraciones públicas no realizan una sola o preferente actividad sino una pluralidad de ellas, consecuencia a su vez de la multiplicidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia» (Rodríguez, 2010: 50).

La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen atendiendo al «criterio del ciclo productivo», esto es, aquellas operaciones, tareas o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se dispensan al público o se colocan en el mercado, de suerte que prácticamente dicho parámetro equivale a la misma actividad, quedando extramuros de los efectos del art. 42 ET todas aquellas contrataciones de obras o servicios en los que la empresa principal y los contratistas se dedican a cometidos diferentes, de tal forma que, de no haberse suscrito la contrata, los cometidos deberían llevarse a cabo por el propio empleador comitente so pena de soslayar sensiblemente su actividad empresarial y los réditos inherentes<sup>32</sup>. Aplicando esta doctrina general a una encomienda pública, habrá que «considerar cómo aquellas actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes entidades administrativas formarían parte del concepto propia actividad y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente, contratista y subcontratista, siempre y cuando el destinatario último fuera el ciudadano, es decir, su finalidad fuera la satisfacción del interés general»<sup>33</sup>.

No obstante, el casuismo existente en vía judicial es muy marcado. Buena muestra de tal inseguridad jurídica en la interpretación del concepto «propia actividad» en el marco contractual público, es menester destacar cómo con tal propósito se ha incluido dentro de este postulado: «el servicio de retirada de vehículos mal aparcados»<sup>34</sup>, «la limpieza y mantenimiento de los jardines públicos»<sup>35</sup>, «ciertas tareas de vigilancia»<sup>36</sup>, «el mantenimiento de una estación depuradora de aguas»<sup>37</sup>, «la urbanización de determinadas parcelas de un polígono industrial»<sup>38</sup>, «el ensanche y saneamiento de un camino vecinal»<sup>39</sup>, «la reurbanización de una calle»<sup>40</sup>, «la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico»<sup>41</sup>, «la gestión del servicio

<sup>29</sup> STS, Social, de 18 de marzo de 1997 (rec. 3090/1996).

<sup>30</sup> SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha, de 25 de octubre de 2013 (rec. 13/2012) y Castilla y León, de 27 de julio de 2016 (rec. 388/2016).

<sup>31</sup> STSJ, Social, Extremadura, de 22 de septiembre de 2015 (rec. 342/2015).

<sup>32</sup> STS, Social, de 18 de enero de 1995 (rec. 150/1994) y 22 de noviembre de 2002 (rec. 3904/2001).

<sup>33</sup> SSTS, Social, de 18 de enero de 1995 (RJ 1995, 514) y 15 de julio de 1996 (RJ 1996, 5990).

<sup>34</sup> STSJ, Social, Andalucía/Málaga, de 24 de diciembre de 1999 (AS 1999, 4356).

<sup>35</sup> SSTSJ, Social, Andalucía/Málaga, de 9 de febrero y 9 de marzo de 1998 (AS 1998, 1242 y 1805).

<sup>36</sup> STS, Social, de 18 de enero de 1995 (RJ 1995, 514).

<sup>37</sup> STSJ, Social, País Vasco, de 17 de febrero de 1998 (AS 1998, 759).

<sup>38</sup> STSJ, Social, Andalucía, de 3 de noviembre de 1998 (rec. 668/1998).

<sup>39</sup> SSTSJ, Social, Galicia, de 4 de diciembre de 2008 (rec. 112/2006) y 20 de enero de 2014 (rec. 4749/2011).

<sup>40</sup> STSJ, Social, Valencia, de 3 de julio de 2012 (rec. 63/2012).

<sup>41</sup> STSJ, Social, Madrid, de 27 de enero de 1999 (AS 1999, 96).

de cuidado de minusválidos psíquicos profundos»<sup>42</sup>, «la atención a personas mayores en centros de día»<sup>43</sup> o «en residencias»<sup>44</sup>, «la adjudicación administrativa de comedores escolares»<sup>45</sup>, «el servicio de vigilancia o socorrismo en las playas»<sup>46</sup>, «la toma de datos para la informatización de un servicio»<sup>47</sup>, «el transporte sanitario ordinario por parte de un ente autonómico de salud»<sup>48</sup>, «la limpieza del fondo del depósito de una depuradora»<sup>49</sup>, «la gestión de un centro de atención a ancianos»<sup>50</sup> o «la gestión integral del ciclo hídrico por parte de un Ayuntamiento»<sup>51</sup>.

Sin embargo, se ha excluido del marco objetivo del tenor aquí manejado: «la apertura y cierre de los edificios e instalaciones»<sup>52</sup>, «la explotación de un servicio de cafetería en un hospital»<sup>53</sup>, «la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza»<sup>54</sup>, «la grabación de datos nominales de trabajadores (TC1 y TC2) correspondientes a un determinado período»<sup>55</sup>, «las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma»<sup>56</sup>, «la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos»<sup>57</sup>, «la limpieza de los entes docentes públicos de una ciudad»<sup>58</sup>, «el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación»<sup>59</sup> o, con carácter más general, «unas obras de construcción», en las cuales la Administración asume la posición de mero promotor, comenzando la cadena de contratistas y, por tanto, responsables, en la primera empresa constructora<sup>60</sup>.

#### 4.6. La inoperante regla de la subsidiariedad

Si la contrata o subcontrata no viniera referida a la «propia actividad» del poder adjudicador, éste no resulta responsable ni solidaria ni subsidiariamente en materia retributiva. Es más, aunque la norma paccionada sectorial aplicable a la empresa contratista imponga responsabilidad subsidiaria de la corporación principal en cuanto a los impagos de salarios sin la concurrencia del requisito de «propia actividad», tal previsión no puede extender su eficacia a las entidades y organismos públicos que no sean del sector y por tanto no hayan intervenido en la negociación y firma del convenio (Roqueta, 2018: 108).

Llegados a este punto, procede abrir un paréntesis para señalar que el art. 42.1 ET obliga «al empresario principal respecto del contratista (y al contratista respecto del subcontratista) a comprobar que éstos están al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. A estos efectos, se debe recabar por escrito certificación de descubiertos a la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librarla en el plazo de 30 días improrrogables». Transcurrido este lapso, quedará eximido de responsabilidad el empresario solicitante. Esa responsabilidad exonerable va referida a la solidaria que, en materia de Seguridad Social, contraiga la empresa contratista o subcontratista durante la ejecución de la contrata o subcontrata en virtud del propio art. 42 ET. Si no se solicita la certificación o se expide en sentido positivo, no hay tal exoneración. Ahora bien, la LCSP exige que el candidato a contratar con un Ente administrativo acredite documentalmente unos requisitos de capacidad y solvencia mucho más estrictos que los exigidos al particular que quiere convenir un vínculo contractual con otro sujeto privado. Entre ellos, el art. 71.1 d) LCSP «prohíbe contratar con la Administración a quien no se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social»

<sup>42</sup> STSJ, Social, Canarias, de 12 de enero de 1998 (RJ 1998, 6216).

<sup>43</sup> SSTSJ, Social, Murcia, de 20 de marzo de 2013 (rec. 1135/2012) y Madrid, de 17 de febrero de 2014 (rec. 1385/2013).

<sup>44</sup> STSJ, Social, País Vasco, de 3 de mayo de 2005 (rec. 3137/2004).

<sup>45</sup> STS, Social, de 27 de julio de 1998 (RJ 1998, 6216).

<sup>46</sup> STSJ, Social, Canarias, de 30 de septiembre de 2015 (rec. 145/2015).

<sup>47</sup> STSJ, Social, Cataluña, de 25 de enero de 2002 (AS 2002, 1079).

<sup>48</sup> SSTS, Social, de 23 de enero, 24 de junio y 3 de octubre de 2008 (RJ 2008, 2775, 4233 y 359050).

<sup>49</sup> STSJ, Social, Cantabria, de 8 de septiembre de 2004 (rec. 365/2004).

<sup>50</sup> SSTS, Social, de 5 de diciembre de 2011 (rec. 4197/2010) y 30 de marzo de 2012 (rec. 4197/2010).

<sup>51</sup> STS, Social, de 21 de febrero de 2018 (rec. 251/2016).

<sup>52</sup> STSJ, Social, Asturias, de 31 de enero de 2017 (rec. 2855/2016).

<sup>53</sup> STSJ, Social, Valencia, de 11 de diciembre de 2014 (rec. 1693/2014).

<sup>54</sup> STSJ, Social, Madrid, de 12 de julio de 1997 (AS 1997, 2632).

<sup>55</sup> STSJ, Social, Madrid, de 13 de junio de 2001 (rec. 824/2001).

<sup>56</sup> STSJ, Social, Cataluña, de 23 de septiembre de 1998 (AS 1998, 6948).

<sup>57</sup> SSTS, Social, de 18 de enero de 1995 (RJ 1995, 514) y 15 de julio de 1996 (RJ 1996, 5990).

<sup>58</sup> STSJ, Social, Cataluña, de 1 de febrero y 1 de abril de 1997 (AS 1997, 712 y 1994).

<sup>59</sup> STS, Social, de 29 de octubre de 1998 (AS 1998, 9049).

<sup>60</sup> STS, Social, de 3 de julio de 2012 (rec. 2948/2011), citando, a su vez, las SSTS, Social, de 20 de julio de 2005 (rec. 2160/2004) y de 2 de octubre de 2006 (rec. 1212/2005). También SSTSJ, Social, Castilla y León, de 30 de marzo de 2011 (rec. 194/2011) y Valencia, de 30 de diciembre de 2011 (rec. 1723/2011).

(Bermejo, 2008: 109), extremo que deberá justificar aportando la documentación pertinente, de manera que la exoneración de responsabilidad a la que alude el art. 42.1 ET concurrirá en todo caso.

#### 4.7. Situaciones de desprotección

La limitación de responsabilidades del empresario principal, es decir, de la Administración, a las contratas y subcontratas de propia actividad a la luz del art. 42 ET, expulsa del ámbito de protección a los trabajadores de adjudicaciones relacionadas con actividades auxiliares, precisamente los más vulnerables dada la gran flexibilidad tanto de entrada, pues están sometidos a una utilización exorbitada de un contrato por obra o servicio supeditado a la duración del encargo, como de salida ante la facilidad de instrumentar los despidos por causas objetivas, unidas a una falta de cobertura convencional clara (Esteve, 2018: 113). Nada soluciona la regla de cierre establecida en los arts. 142.1 y 168.1 TRLGSS, que regulan, para los supuestos en los que no existiera responsabilidad solidaria por no tratarse de propia actividad o por haberse aplicado el mecanismo de exoneración del art. 42.1 ET, una responsabilidad subsidiaria del empresario principal, tanto en relación con cotizaciones como con prestaciones por falta de afiliación o alta, pues, en la práctica, no va a ser asumida por la Administración como empresario principal atendiendo a las reglas sobre las prohibiciones de contratar establecidas en la LCSP anteriormente mencionadas<sup>61</sup>.

La dimensión garantista desde la perspectiva laboral es, por ende, muy débil y la tutela de la normativa administrativa es inexistente. Conviene recordar que el art. 130.6 LCSP trata de evitar la traslación de la deuda al nuevo contratista pero su marco de aplicación se reduce a los supuestos de subrogación por sucesión de la actividad de aquél, no a los de subcontratación, tal y como se deduce de un tenor literal que sienta cómo: «sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el art. 44 ET, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista saliente de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, 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 éstos» (Fernández, 2018: 113). Tal regulación tuitiva, sin duda, queda extramuros del supuesto aquí analizado.

Cabe dar noticia, como reflexión abierta a la crítica, que, en frecuentes ocasiones, dentro de los pliegos de condiciones («ley primordial del contrato» o «*lex inter partes*»), se incorporan, «a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el adjudicatario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de protección social. La autoexoneración de responsabilidad prevista en los mismos hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el art. 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración» (Rodríguez, 2010: 53). Una restricción explícita a la inclusión de este tipo de previsiones exoneratorias en los pliegos impediría, empero, el surgimiento de muchas dificultades planteadas en la práctica, que han llevado a la judicialización de los problemas con el inherente rechazo para la satisfacción de los intereses de los trabajadores.

Por tanto y ante tales puntos endebles, es necesario el diseño de un sistema de responsabilidad conjunta de la Administración y de los sucesivos contratistas verdaderamente disuasorio de prácticas ilícitas, incrementadas exponencialmente por las empresas multiservicios.

## 5. CONCLUSIÓN

La reducción de costes a la hora de colaborar en la dispensa de servicios públicos que las empresas multiservicios ofrecen a las Administraciones Públicas, ha conllevado una preocupante minoración de salarios y de otros estándares laborales. Aun cuando el paso dado desde la legislación de contratos del sector público en aras a la mejora de las condiciones laborales de los asalariados al servicio de las empresas con-

<sup>61</sup> SSTS, Social, de 23 de septiembre de 2008 (rec. 1048/2007) y 9 de diciembre de 2010 (rec. 1266/2010).

tratistas y concesionarias ha sido de gigante, es necesario seguir avanzando en esta senda desde la legislación laboral diseñando varias actuaciones sucesivas al objeto de cubrir las lagunas aun existentes, sobre todo en los supuestos de subcontratación, donde las responsabilidades empresariales quedan ampliamente diluidas. En primer lugar, garantizando la imputabilidad solidaria por deudas salariales y con la Seguridad Social más allá del concepto de propia actividad. En segundo término, reformulando las causas del contrato a término por obra o servicio determinado para vetar su utilización asociada a las contratas, de manera que quede ceñido su ámbito objetivo a los supuestos de contratación directa. En tercer lugar, replanteando el régimen de solidaridad y subsidiariedad en la responsabilidad empresarial, que no debería restringirse a las deudas salariales y de Seguridad Social, sino a las laborales en general y a otras deudas como el recargo de prestaciones. En cuarto término, equiparando las condiciones sociales y económicas de los asalariados de las contratas con los de la empresa principal (Administración, *in casu*), aplicando analógicamente las previsiones de las empresas de trabajo temporal, que, en el momento presente, únicamente están vetadas en el sector público para asumir «servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos» (art. 17 LCSP). Y, en quinto lugar, estableciendo una regulación laboral *ad hoc* para tales las empresas adjudicatarias iniciales o sucesivas de servicios públicos.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASSOLS COMA, M. (2007): “La externalización: tendencias en el Derecho Administrativo español”, en *Le Esternalizzazioni, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*. Genova: Bologna.
- BAYLOS GRAU, A. (1988): *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Madrid: Tecnos.
- BERMEJO VERA, J. (2008): “Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. monográfico.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2011): “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción”, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.): *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?* Madrid: INAP.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2018): “Las cláusulas sociales sobre fomento, calidad y mantenimiento del empleo en la contratación pública”, en GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M. M. (dirs.): *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Pamplona: Aranzadi.
- CORDERO GONZÁLEZ Y VIVERO SERRANO, J. B. (2018): “El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad: un balance”, en SANGUINETTI RAYMOND, W. y CABERO MORÁN, E. (dirs.): *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. Granada: Comares.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1992): “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, en *Relaciones Laborales*, núm. 2.
- ESTEVE SEGARRA, M. A. (2016): “Cesión ilegal en las Administraciones Públicas a través de las empresas de servicios”, en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 399.
- ESTEVE SEGARRA, A. (2018): “Empresas multiservicios: cesión ilegal de trabajadores y subcontratación”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*. Granada: Comares.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (2018): “Las responsabilidades empresariales en el ámbito del trabajo en contratas”, en *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Cinca.
- FERRANDO GARCÍA, F. y RODRÍGUEZ EGÍO, M. (2017): “Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al dumping social”, en GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M. M. (dirs.): *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Pamplona: Aranzadi.
- GALA DURÁN, C. (2010): “Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios”, en *Relaciones Laborales*, núm. 13.
- GARATE CASTRO, J. (2018): “Descentralización productiva y Derecho del Trabajo”, en AA.VV: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Cinca.
- GIMENO FELIU, J. M. (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*. Pamplona: Aranzadi.
- GOERLICH PESET, J. M. (2018): “Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva”, en *Descentralización productiva y nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Cinca.

- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2018): “El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado”, en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 418.
- GRAU PINEDA, C. (2018): “Las estructuras empresariales complejas y el conflicto colectivo. Viejas y nuevas manifestaciones de esquirolaje”, en *Poder de dirección y estructuras empresariales complejas*. Madrid: Cinca.
- IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F. J. y MOLINA GARCÍA, M. (1996): *La laboralización de los funcionarios públicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E. (2015): “La introducción del salario mínimo en la contratación pública: análisis jurisprudencial del TJUE y del TSJPV”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 71.
- LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E. (2016): “La influencia de la nueva regulación sobre contratación pública en materia de cláusulas sociales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42.
- LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E. (2017): “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de exigir la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución en la contratación pública”, en *Lan Harremanak*, núm. 36, Tomo I. DOI: <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.17930>.
- MANTECA VELARDE, V. (2005): “El derecho a ser contratista”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 40.
- MARCOS GONZÁLEZ, J. I. (2015): “Cláusulas sociales en los contratos del sector público: ¿una opción legal de corrección de la reforma laboral? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de diciembre de 2014, rec. núm. 643/2013”, en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 387.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L. (2018): “Principales aspectos sociolaborales de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 37.
- MERCADER UGUINA, J. R. (2018): “Marco jurídico de los trabajadores en la empresa principal y empresas subcontratistas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*. Granada: Comares.
- MERINO SEGOVIA, A. (2018): “La problemática legitimación de las representaciones sociales para negociar y suscribir convenios colectivos en las empresas multiservicios”, en CRUZ VILLALÓN, J. (dir.): *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*. Madrid: Cinca.
- MIRANDA BOTO, J. M. (2016): “Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea”, en *Lex Social: Revista de los derechos sociales*, núm. 2.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2016): “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de legitimidad al de sus límites”, en *Temas Laborales*, núm. 135.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2017): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*. Madrid: La Ley.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2007): “Precariedad laboral y formas de gestión indirectas de mano de obra: ETT y subcontratación”, *Jornadas CARL*.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2015): “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 67.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2018): “Identidad de las empresas de servicios. Régimen jurídico y responsabilidades”, en *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Cinca.
- MORENO MORCILLO, J. (2016): “Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 5.
- MORENO VIDA, M. N. (2015): “La intervención administrativa en las huelgas en servicios esenciales de la comunidad”, en *Temas Laborales*, núm. 125.
- NORES TORRES, L. E. (2004): *El trabajo en contratas. La noción de «contrata de propia actividad»*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PAREJO ALFONSO, L. (1989): “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, en *Documentación Administrativa*, núm. 218-219. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i218-219.5132>.
- PÉREZ DEL RÍO, T. y ZAMBONINO PULITO, M. (2008): “La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de las cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 43.
- PÉREZ-ILLARBE, J. A. (2006): “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, en *Zerbitzuan*, núm. 40.
- PINTOS SANTIAGO, J. (2017): *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*. Madrid: INAP.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2006): *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2010): *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*. Barcelona: Federación de Municipios de Cataluña.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2014): “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, en *Temas Laborales*, núm. 25.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2005): “La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 11.
- ROJAS RIVERO, G. P. (2018): “Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable en empresas multiservicios”, en *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Cinca.
- ROMERO RUÍZ, A. (2017): “Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación pública”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108.
- ROQUETA BUJ, R. (2018): *El empresario público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Pamplona: Aranzadi.
- SANGUINETTI RAYMOND, W. (2007): “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 39.
- TASCÓN LÓPEZ, R. (2018): *El esquirolaje tecnológico*. Pamplona: Aranzadi.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D. y VALENCIANO SAL, A. (2016): “Cambio de criterio del TJUE ante la posibilidad de fijar un salario mínimo a respetar en la ejecución de contratos en el ámbito de la contratación pública: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-115/14 (RegioPost GmbH amp; Go KG/Stadt Landau in der Pfalz) de 17 de noviembre de 2015”, en *Unión Europea Aranzadi*, núm. 1.
- TRILLO PARRAGA, F. J. (2017): *Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos laborales*. Albacete: Bomarzo.
- VALLECILLO GÁMEZ, M. R. (2017): “Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 417.
- VÁZQUEZ LACUNZA, E. (2016): “El pago de un salario mínimo como condición especial de ejecución en los contratos públicos”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 146.
- VICENTE PALACIO, A. (2018): “Empresas de servicios: negociación colectiva y subcontratación”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. [dirs.]: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*. Granada: Comares.
- VILLAR ROJAS, F. (2007): “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 172.



## La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo

### *Reversion by the administration of the contracts: perspective from the labor law*

Juan Gorelli Hernández

Universidad de Huelva (España)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4452-3068>

[juan.gorelli@dam.uhu.es](mailto:juan.gorelli@dam.uhu.es)

#### **NOTA BIOGRÁFICA**

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consejero Electivo del Consejo Consultivo de Andalucía. Entre sus principales líneas de investigación destacan las dedicadas a la extinción del contrato de trabajo, negociación colectiva, tiempo de trabajo, conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y Seguridad Social.

---

#### **RESUMEN**

El presente trabajo analiza la actual dinámica de los procesos de reversión o remunicipalización de servicios públicos, si bien desde la perspectiva laboral de la cuestión y respecto de la principal de las posibles consecuencias que pueden producirse en este ámbito: la subrogación empresarial, por la que se incorporan a las Administraciones Públicas personal procedente de empresas privadas. Se estudian los principales supuestos que dan lugar a la subrogación como consecuencia de que la reversión pueda ser calificada como sucesión de empresas; y se señalan cuáles son los principales problemas jurídicos que se plantean, especialmente desde el punto de vista del respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad; así como la evolución normativa más reciente por la que se pretende limitar los efectos de la incorporación de este personal a las Administraciones Públicas.

#### **PALABRAS CLAVE**

Administración; estabilidad en el empleo; reversión; subrogación.

---

#### **ABSTRACT**

The present work analyzes the current dynamics of the processes of reversion or remunicipalization of public services, although from the labor perspective of the question and with respect to the main one of the possible consequences that can take place in this field: the business subrogation, by which is incorporated into the Public Administration personnel from private companies. The main assumptions that lead to subrogation are studied as a consequence of the fact that the reversal can be classified as a succession of companies; and they indicate which are the main legal problems that arise, especially from the point of view of the respect to the constitutional principles of equality, merit and capacity; as well as the most recent normative evolution by which it is intended to limit the effects of the incorporation of these personnel to Public Administrations.

#### **KEYWORDS**

Administration; stability in employment; reversion; subrogation.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE SUCESIÓN DE EMPRESAS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 3. REVERSIÓN Y SUBROGACIÓN LEGAL EX ART. 44 ET. 4. TITULARIDAD PÚBLICA DE LOS MEDIOS MATERIALES DE PRODUCCIÓN Y SUBROGACIÓN LEGAL. 5. REVERSIÓN Y SUCESIÓN DE PLANTILLAS. 6. REVERSIÓN Y SUBROGACIÓN CONVENCIONAL O CONTRACTUAL. 7. SUBROGACIÓN Y PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD. 8. LIMITACIONES A LA REVERSIÓN: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 26.<sup>a</sup> DE LA LPGE PARA 2017.

## 1. INTRODUCCIÓN

La reversión supone la decisión de la Administración de recuperar la gestión de aquellos servicios que, siendo de su titularidad, estaban siendo gestionados por una empresa privada (Cruz, 2016, 41).

La reversión es una posibilidad cuyo fundamento reside en la potestad de autoorganización que tienen las Administraciones. Al igual que la Administración puede, en base a dicha potestad, proceder a la externalización de ciertas áreas de su gestión; también pueden tomar la decisión inversa, recuperando para sí la gestión de las mismas. Se trata de llevar a la práctica un mero juicio de oportunidad por parte de la Administración, que quiera revertir la forma de gestión de sus servicios.

Como es lógico, lo más oportuno es la recuperación de la gestión una vez que haya finalizado el negocio jurídico entre la Administración y el sujeto privado que desarrollaba la actividad. En este caso la reversión es la consecuencia lógica de la finalización de dicho negocio; si bien puede perfectamente evitarse la reversión por el procedimiento de volver a la licitación pública del mismo, de manera que se produzca una sucesión de concesiones o conciertos. Puede incluso establecerse de manera expresa la reversión en el propio contrato que se celebren entre las partes, de manera que se acuda a un mecanismo concesional, tras el cual la Administración recupera dicha actividad; si bien este tipo de pactos no es necesario, pues hemos de insistir que la externalización no supone la pérdida por parte de la Administración de la titularidad del servicio público.

También es factible la recuperación de la actividad *ante tempus*, siendo la situación más evidente aquella en la que se producen incumplimientos esenciales de los pliegos de condiciones por una de las dos partes, de manera que la actividad vuelve a revertir sobre la Administración como consecuencia de la resolución del contrato. En estos casos la parte incumplidora deberá indemnizar a la contraparte.

Cabe advertir que dicha reversión puede realizarse a cualquiera de las modalidades de gestión directa que hemos señalado anteriormente; es decir, que la Administración puede recuperar la gestión para ejercerla directamente sin entidad personalizada, o mediante una entidad con personalidad jurídica propia.

Lo cierto es que la reversión es un escenario perfectamente posible dentro del marco de la gestión pública. De hecho, se está asistiendo, sobre todo especialmente en el ámbito de las Administraciones locales, se habla así de «remunicipalización», respecto del proceso de reversión de servicios que habían sido externalizados (López, 2017, 105. No es, por tanto, extraño que en la actualidad se haya detectado un freno a las prácticas externalizadoras e incluso una marcha atrás en este proceso (Navarro, 2016, 312). Lo realmente paradójico de este cambio de dirección es que se haya justificado con los mismos argumentos que sirvieron para desencadenar el proceso de externalización: la reducción del gasto público, buscando una mayor eficiencia y la mejora de la calidad de los servicios (Navarro, 2016, 312). Ello supone, de un lado, que finalmente el proceso de descentralización no ha supuesto una mayor eficiencia en la gestión pública, sino que se ha producido un incremento del gasto en la gestión de los servicios públicos como consecuencia de la participación de sujetos privados. De otro lado, se ha constatado que los mecanismos de externalización han supuesto un deterioro en la calidad del servicio público, existiendo una directa relación entre la calidad en el servicio y la calidad en el empleo y poniendo de manifiesto que un servicio de alta calidad requiere un empleo de alta calidad (Olarte, 2016, 159 y 161; Rodríguez, 2017, 22; De la Puebla, 2016, 112). Todo este planteamiento ha hecho que se estén produciendo fenómenos de reversión, de manera que la gestión vuelve a manos públicas, lo cual hace que deban plantearse todo un conjunto de consecuencias laborales a las que vamos a prestar atención a continuación.

Siendo posible la reversión en el ámbito de la sanidad pública, hemos de plantearnos la problemática laboral que una decisión de estas características puede suponer; y desde mi punto de vista, tres son las cuestiones fundamentales a tener en cuenta en este caso: en primer lugar, si de producirse una reversión, resulta de aplicación la subrogación contractual, de manera que la Administración deba subrogarse respecto de los trabajadores que desarrollaban la prestación de trabajo propia de la gestión del servicio público. En

segundo lugar, la problemática que se suscita, si se produce la incorporación de estos trabajadores procedentes de una empresa privada al sector público, por la afectación de los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública. Por último, la reciente reacción del legislador contraría a los efectos de una ola de reversiones en el ámbito público, fundamentalmente por las consecuencias laborales que ello puede suponer.

## **2. LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE SUCESIÓN DE EMPRESAS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Uno de los principales problemas que va a plantearse cuando la Administración decide rescatar un servicio que venía siendo prestado por una empresa privada (un supuesto de gestión indirecta de servicio público), en este caso y por lo que a nosotros interesa, es el destino de los trabajadores afectados; es decir, aquellos que venían desarrollando su prestación de servicios para las empresas privadas que habían sido contratadas por la Administración para el desarrollo del servicio. Estos trabajadores no son personal de la Administración, sino trabajadores, con contratos laborales absolutamente ordinarios, de las empresas contratistas. Por lo tanto, la respuesta lógica sería estimar que la Administración nada tiene que ver con los mismos, por lo que éstos seguirán, en el mejor de los casos desarrollando su prestación de servicios para la contratista, salvo que la pérdida de la concesión o concierto suponga una reducción de la actividad que justifique un despido, normalmente objetivo; o bien que los trabajadores con contrato temporal de obra y servicio vean extinguido el contrato al condicionarse este a la vigencia de la relación entre contratista y Administración (vid. las SSTs de 9 de febrero de 2016, RJ\2016\1197; y 16 de junio de 2016, RJ\2016\331).

Sin embargo, laboralmente encontramos una importante regla destinada a favorecer la estabilidad en el empleo de los trabajadores, me refiero a la subrogación empresarial. Nuestro ordenamiento y nuestra jurisprudencia admite la aplicación de la subrogación empresarial cuando se produce una sucesión de contratistas para la Administración Pública, considerando que en estos casos puede ocurrir que estemos ante una sucesión de empresas de las reguladas por el art. 44 ET. En realidad, hay diferentes supuestos o situaciones en las que puede producirse una sucesión de empresas entre un contratista saliente y el entrante, dando lugar a la subrogación empresarial: una subrogación legal si se cumplen los requisitos del art. 44 ET, de manera que se produce una transmisión de equipamiento o bienes que permiten el desarrollo de la actividad productiva, o una sucesión de plantillas en aquellos casos en los que la actividad productiva depende directamente de la actividad de los trabajadores, sin que sea relevante la utilización de un conjunto de bienes productivos. Junto con la subrogación legal, también es posible la subrogación convencional o pactada en convenio colectivo; e incluso la subrogación contractual o establecida en el pliego de condiciones.

Debe tenerse en cuenta que, si bien la sucesión de contratas no es un fenómeno que deba calificarse necesariamente o por su propia naturaleza como transmisión de empresa (que genera la subrogación), no obstante, es posible que, a tenor de las circunstancias, la sucesión de contratistas genere un supuesto de sucesión de empresas y de subrogación. Debemos preguntarnos si este fenómeno es o no trasladable al supuesto en que la Administración, en vez de proceder a una sucesión de contratistas, decide asumir por sí misma el servicio público nuevamente. El momento en el que nos planteamos esta cuestión es tremendamente interesante, pues asistimos a todo un conjunto de manifestaciones jurisprudenciales sobre esta cuestión, que hacen que éste sea un tema de plena actualidad.

El punto de partida es recordar una cuestión esencial: la Directiva 2001/23 resulta de aplicación a la Administración pública: el art. 1.1 c) de la Directiva señala que «La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva». Por lo tanto, sólo queda fuera de la Directiva y de las reglas de tuteladoras de trabajadores en caso de transmisión de empresas, la reorganización administrativa. Esta aplicación a las Administraciones públicas se ha reiterado por parte de la jurisprudencia; así, la jurisprudencia comunitaria ha afirmado «que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de derecho público, en el caso de autos un ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23» (STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C-463/09 caso CLECE, TJCE\2011\4, con cita de diversa jurisprudencia; de igual manera la STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto C-509/14, caso ADIF, TJCE\2015\283); siendo, como es lógico, aceptado este planteamiento por la jurisprudencia

nacional: así la STS de 21 de abril de 2015, RJ\2015\2177: «(...) el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (...), puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva». En idéntico sentido la STS de 30 de mayo de 2011, RJ\2011\5818. Por lo tanto, no cabe duda alguna sobre esta cuestión (Navarro, 2016, 313-314; De la Puebla, 2016, 112; Sala, 2018, 203).

Tal como acabamos de ver, la Administración Pública no es un ámbito excluido de la aplicación de las reglas sobre sucesión de empresas y subrogación empresarial. Consecuentemente, hemos de plantearnos si el fenómeno de la reversión supone o genera una situación que puede ser calificada de sucesión empresarial y en el que, la Administración ha de subrogarse en los trabajadores de la empresa contratista saliente, que gestiona el servicio. En todo caso, ha de advertirse que al existir diferentes vías en las que se admite la subrogación por parte del ordenamiento y de la jurisprudencia, tendremos que analizarlas de manera separada.

### 3. REVERSIÓN Y SUBROGACIÓN LEGAL EX ART. 44 ET

La denominada subrogación legal es aquella que se produce de conformidad a lo dispuesto por el art. 44 ET; es decir, cuando hay una verdadera transmisión de empresa (a tenor de los requisitos establecidos por el citado art. 44 ET), generando los efectos tuteladores para los trabajadores tal como los establece el propio art. 44 ET.

Recordemos que a tenor del art. 44 ET se produce una sucesión de empresa «cuando la transmisión afecte a una unidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría». Podemos decir, por lo tanto, que con carácter general, la reversión de un servicio no implica necesariamente la transmisión y la subrogación (en este sentido la STS de 17 de noviembre de 2014, RJ\2014\6467). Para que haya una sucesión de empresas, la empresa saliente ha de transmitir a la entrante (en este caso la Administración reversora) un conjunto de bienes materiales orientados y organizados para la consecución de un fin productivo. Habrá, por lo tanto, sucesión de empresas ex art. 44 ET y subrogación de los trabajadores, que se incorporarán a la Administración, si se produce una reversión en la que la Administración recibe un conjunto de bienes que permiten el desarrollo de la actividad productiva; por el contrario, no existirá sucesión si en la reversión no se produce una transmisión en tales términos (Gómez, 2004, 221). Así lo ha venido admitiendo la jurisprudencia, sin que el hecho de que se trate de una reversión deba recibir un trato diferenciado a los efectos de determinar si hay sucesión o no de empresas.

Partiendo de la jurisprudencia comunitaria, y para supuestos de reversión por parte de Administraciones españolas, se ha afirmado por parte de la STJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09 caso UGT-FSP, TJCE\2010\241, supuesto en que el Ayuntamiento de La Línea revierte la actividad desarrollada por cuatro contratistas, que «la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada. El concepto de entidad remite así a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio», añadiendo que para determinar si se cumple los requisitos para la transmisión de una entidad de estas características debe estarse a todo un conjunto de circunstancias de hecho que caracterizan este tipo de operación, debiendo analizarse los mismos en su conjunto y no de manera aislada, para determinar si estamos o no en una sucesión que determina la subrogación empresarial:

«(...) han de tomarse consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente».

En la STJUE de 20 de enero de 2011, C-463/09 caso CLECE, TJCE 2011\4, en el que el Ayuntamiento de Cobisa procedió a la extinción del contrato del servicio de limpieza de las dependencias del propio Ayuntamiento y procedió a realizar dicha actividad contratando para ello a nuevo personal, al analizarse la cuestión, se afirmaba por el TJUE que:

«(...) no puede excluirse de entrada que la Directiva 2001/23 se aplique en circunstancias como las del asunto principal, en las que un ayuntamiento decide unilateralmente poner fin al contrato que lo vinculaba a una empresa privada y hacerse cargo directamente de las actividades de limpieza que había encargado a ésta (...). Sin embargo, conforme al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, para que ésta resulte aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular».

Además, esta Sentencia reitera lo afirmado por la STJUE UGT-FSP en relación a los criterios y circunstancias a tener en cuenta que deben analizarse de manera conjunta a la que hemos aludido en el párrafo anterior.

Al igual que en las dos sentencias anteriores, la STJUE de 26 de noviembre de 2015, C-509/14 caso ADIF, TJCE\2015\283, en el que ADIF externalizó la actividad de manipulación de unidades de transporte intermodal, desarrollándola una empresa privada, que recibió la infraestructura y el equipamiento necesarios propiedad de ADIF, si bien posteriormente se procedió al rescate de la actividad sin hacerse cargo de las trabajadoras, pues se iba a desarrollar por su propio personal. En este caso se realizan similares afirmaciones a las anteriores, tanto en la exigencia de que se transmita una entidad económica, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica; como reiterando el conjunto de criterios a tener en cuenta en una valoración conjunta.

Esta doctrina se ha trasladado a la jurisprudencia laboral española, así, recientemente la STS de 19 de septiembre de 2017; RJ\2017\4447, al dilucidar un supuesto en el que el Ministerio de Defensa reasumía el servicio de cocina y restauración desarrollado por una empresa contratista privada, afirmaba 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 ET. Así lo ha venido señalando, reiteradamente nuestra jurisprudencia, entre otras en la lejana STS de 6 de febrero de 1997 en la que dijimos que “la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que 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”, y en la más reciente STS de 26 de julio de 2012 conforme a la cual no se produce sucesión empresarial cuando “no consta transmisión alguna de elementos patrimoniales o estructura organizativa ni tampoco la asunción por el Ayuntamiento codemandado de una parte sustancial de la plantilla”. Doctrina reiterada en STS de 16 de junio de 2016».

Por lo tanto, la reversión, al igual que las sucesiones de contratistas, por sí mismas no constituye una sucesión de empresas, salvo que se produzca la transmisión de los elementos patrimoniales o estructuras organizativas que permiten el desarrollo de la actividad productiva. De hecho esta Sentencia (y en idéntico sentido a la STS de 19 de septiembre de 2017, RJ\2017\4527) se remite a la doctrina del TJUE y concretamente a la Sentencia de 20 de enero de 2011, asunto CLECE ya señalada, para entender que la subrogación se produce cuando la transmisión tiene por objeto una entidad económica que mantiene su identidad tras el cambio, concluyendo que:

«Hemos afirmado, también, que el hecho de una administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos determina que, normalmente, estemos ante un supuesto de transmisión de empresa que está situado en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET. Así en la STS de 30 de mayo de 2011 dijimos que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda su gestión a través de empresa municipal, no excluye la aplicación del artículo 44 ET, si va acompañada de transmisión de medios materiales».

De esta manera podemos encontrar todo un conjunto de sentencias del TS en las que se estima la inexistencia de sucesión empresarial, justamente por el hecho de que en la reversión de la actividad desarrollada por las empresas contratistas, no se produce una transmisión de elementos patrimoniales que permitan el desarrollo de la actividad productiva, pasando la Administración a prestar el servicio con su propio personal y con sus propios medios instrumentales. Así, la STS de 26 de septiembre de 2017, RJ\2017\4273, que tras recordar la doctrina afirmada por las dos SSTS de 19 de septiembre de 2017 que acabamos de mencionar *supra*, así como la doctrina de la STJUE de 20 de enero de 2011, asunto CLECE, señala que:

«(...) aquí nos encontramos ante la reversión de un servicio de información, atención al cliente y servicios auxiliares en la estación de Atocha de Madrid, que descansa fundamentalmente en la mano de obra, y que pasa a prestarse por la entidad pública empresarial con su propio personal, habiendo señalado la sentencia recurrida que no existen elementos materiales o patrimoniales al objeto de configurar una infraestructura u organización empresarial por lo que claramente estamos en presencia de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra. La reversión de la contrata se ha llevado a cabo sin transmisión de elementos patrimoniales y sin que la principal se hiciera cargo de ningún trabajador de la contratista dado que ha asumido la contrata con sus propios trabajadores (...) En consecuencia, no constan en el supuesto de autos datos que posibiliten la aplicación de la Directiva ni del art. 44 ET.».

De la misma manera, las SSTS de 9 de febrero de 2016, RJ\2016\1197 y 16 de junio de 2016, RJ\2016\3331, dictadas en un supuesto de reversión del servicio de mantenimiento de centros de enseñanza pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, Administración que pasó a desarrollar tales actividades con su propio personal, volviendo posteriormente a licitar la actividad siete meses después aportando la dicha nueva contratista personal contratado por ella, así como los medios materiales y herramientas para el desarrollo de la actividad, estimo la inexistencia de subrogación, tanto respecto de la Administración como para la nueva contratista que se ocupó de la actividad meses después (en este caso, debe tenerse en cuenta que los trabajadores vieron extinguidos sus contratos). La Sentencia partía de entender que la sucesión de contratistas no es un supuesto de subrogación legal, salvo que se produzca la transmisión de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura necesaria u organización empresarial básica para la explotación de la actividad; pudiendo, no obstante, producirse por imposición de normas convencionales o pliego de condiciones (lo cual en dicho caso no sucedía en ninguna de tales posibilidades). La misma doctrina se aplica a las Administraciones cuando estas rescatan un servicio, por lo que se rechazaba que hubiese un supuesto de sucesión empresarial y subrogación de los trabajadores.

También podemos señalar a la STS de 21 de abril de 2015, RJ\2015\2177, que se dictó ante un supuesto en el que la Intervención General del Estado recuperaba el servicio de cafetería, sin que se produjese la transmisión de los elementos patrimoniales, e incluso en el que no se reanudaron los servicios objeto de la contrata. En esta sentencia, partiendo de la doctrina jurisprudencial propia de sucesiones entre contratistas privados, a tenor de la que la contrata no es un supuesto de unidad productiva autónoma, salvo que se transmita al contratista entrante por el saliente la infraestructura necesaria u organización empresarial básica o salvo que se trate de un supuesto de sucesión de plantillas, se negó que la reversión en este caso fuese sucesión y se generase la subrogación empresarial. El supuesto de hecho es muy similar al de la STS de 19 de mayo de 2015, RJ\2015\2886, relativa a una recuperación del servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid. De igual manera la STS de 9 de diciembre de 2017, RJ\2017\206, relativa a la reversión a la Administración del servicio de apoyo de monitores de comedor de un centro de enseñanza.

En la dirección contraria, es decir, aceptando la existencia de sucesión de empresa y subrogación de los trabajadores, que pasarían a trabajar para la Administración, podemos encontrar supuestos en los que sí se produjo la transmisión de medios materiales para el desarrollo de la actividad productiva en una situación de reversión. Así, se ha estimado la existencia de sucesión en el caso de la STS de 30 de mayo de 2011, RJ\2011\5818, en el que el Ayuntamiento de Sevilla concertó la prestación de servicios de grúa municipal con una determinada empresa, resolviéndose el contrato por incumplimiento e incautándose de los medios materiales para el desarrollo de la actividad, contratando a una nueva concesionaria, que se subrogó en la actividad y a la que el Ayuntamiento hace entrega de los mencionados medios materiales, decidiéndose años después la reversión para prestar los servicios directamente el Ayuntamiento. En este caso la sentencia estimó la existencia de la sucesión, aceptando la responsabilidad solidaria de la Administración por salarios impagados a los trabajadores al entender que:

«se trata de la transmisión de “un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica” [art. 1 b) de la Directiva 2001/23 ], la “unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada” de que habla –desde siempre– nuestra doctrina jurisprudencial (valgan de ejemplo las SSTs 23/09/97; Sala General 15/04/99; 17/05/00; y 25/02/02). Sin que pueda argumentarse –en contra de esta conclusión– que los elementos patrimoniales ya eran propiedad municipal y que ello nos sitúa frente a una simple reversión de medios [no determinante de sucesión empresarial], que no transmisión de los mismos, puesto que el argumento únicamente sería válido si se tratase de una propiedad municipal originaria, y no es viable cuando –como en autos– los citados componentes materiales habían sido previamente “incautados” a “Servicleops, S. L.” y su utilización pasó sin solución de continuidad a las nuevas concesionarias [primero “Setex Aparki S. A.”, posteriormente –aunque sin ejercicio efectivo de la gestión transmitida a la entidad municipal– a “Tussam” y en último término a “Aussa”]».

Idéntica solución se da por la STS de 26 de enero de 2012, RJ\2012\2462 (de igual manera y sobre supuesto idéntico respecto del mismo Ayuntamiento y servicio revertido, la STS de 11 de junio de 2012, RJ\2012\8334), ante otro problema de reclamación de salarios, de trabajadores que desarrollaban las funciones de cuidadores en un Centro Residencial titularidad del Ayuntamiento de Membrio, siendo contratados por una empresa a la que se adjudicó la gestión del mencionado Centro, que revirtió al Ayuntamiento, asumiendo éste la gestión y explotación temporalmente (para lo que contrató también temporalmente a los trabajadores) hasta una nueva adjudicación; habiendo dejado de abonar cuantías salariales la primera contratista. Esta última Sentencia aplicó la doctrina ya afirmada por la STS de 30 de mayo de 2011, por lo que se declaró la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento.

La conclusión a la que puede llegarse es que, si bien la reversión no es en sí misma un supuesto o situación de sucesión de empresas, sin embargo, en aquellos casos en los que se transmite la organización productiva, estaremos dentro del ámbito del art. 44 ET y, consecuentemente, será de aplicación la subrogación empresarial prevista como mecanismo de tutela para los trabajadores prevista por el citado precepto; siendo ésta también la posición que puede encontrarse entre la doctrina laboral López, 2017, 122 y 123; Madrigal y Martínez, 2015, 38; Monereo, 2016, 290; Navarro, 2016, 313; Rodríguez, 2017, 23 y 24; De la Puebla, 2017, 113 y 114; Sala, 2018, 203).

#### 4. TITULARIDAD PÚBLICA DE LOS MEDIOS MATERIALES DE PRODUCCIÓN Y SUBROGACIÓN LEGAL

Acabamos de hacer referencia a un supuesto (la STS de 30 de mayo de 2011) en el que se estima la sucesión y la subrogación de trabajadores cuando los bienes que se utilizan para el desarrollo de la actividad son propiedad de la Administración, pero como consecuencia de una apropiación por incumplimiento de la contratista, siendo utilizados tales medios instrumentales por la posterior contratista y posteriormente revertidos sobre la Administración. En este caso el TS estima que hay transmisión de empresa y no una mera reversión de medios. La misma Sentencia parece entender que la respuesta no sería la misma en el caso en que los bienes fueran originariamente propiedad de la Administración; sin embargo, este es un mero *obiter dicta*, una opinión meramente tangencial, por lo que no ha de tenerse como doctrina asentada. Se está así planteando que no habría transmisión de elementos patrimoniales productivos cuando éstos ya eran, originariamente, de la propia Administración, de manera que éstos, simplemente volverían a sus manos sin que hubiese transmisión alguna, pues nunca fue transmitida su propiedad.

Sin embargo Sentencias posteriores han ido por una dirección totalmente diferente. Me refiero al reciente conjunto jurisprudencial originado con la reversión del servicio de cocina y restauración del Ministerio de Defensa, que en este punto se inspira en la ya mencionada STJUE de 26 de noviembre de 2015, caso ADIF, TJCE\2015\283. Recordemos que esta última sentencia resolvía una situación en la que ADIF externalizó la actividad de manipulación de unidades de transporte intermodal, poniendo a disposición de la contratista las infraestructuras y equipamientos necesarios, propiedad de ADIF, para el desarrollo de tal actividad. Al analizar el caso, el TJUE estimó que:

«(...) de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que el ámbito de aplicación de esa Directiva abarca todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa,

que por este motivo asume las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales (véanse las sentencias Abler y otros, C-340/01, EU:C:2003:629, apartado 41, y CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, apartado 30) (...) en lo que respecta a la circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata en el litigio principal hayan pertenecido siempre a ADIF, procede recordar que, con arreglo a la jurisprudencia citada en el apartado 28 de la presente sentencia, la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23 (...) A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Abler y otros, C-340/01, EU:C:2003:629, apartado 42)».

Teniendo en cuenta esta doctrina jurisprudencial, así como algún antecedente procedente de la sucesión de empresas en el sector privado (tal como ocurre con la STS de 28 de abril de 2009, RJ\2009\2997 o la STS de 7 de febrero de 2012, RJ\2012\4970), al resolver el problema de la reversión del Ministerio de Defensa, el TS en sus sentencias de 19 de septiembre de 2017, RJ\2017\4447; RJ\2017\4527; RJ\2017\4481 y RJ\2017\4477 (si bien ha de señalarse que todas estas SSTs cuentan con un voto particular contrario a la solución dada al problema en cuestión), no duda en estimar la existencia de sucesión de empresas y aplicar la subrogación empresarial, aceptando que

«ha existido en la operación de reversión del servicio contratado la entrega de los elementos patrimoniales que resultan inevitables para la continuidad de la actividad, lo que revela la transmisión de un conjunto de medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad tras la reasunción del servicio por parte del Ministerio de Defensa. No hay duda, por tanto, de la existencia de un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria. Conjunción de elementos que determina que estemos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y del artículo 44 ET. Sin que, por otra parte, resulte de aplicación el artículo 301.4 TRLCSP que se refiere a supuestos distintos –que se caracterizan, precisamente, por la ausencia de una transmisión empresarial– de los aquí contemplados en los que, como se avanzó, existe una sucesión de empresa en los términos que establece tanto la Directiva como el artículo 44 ET».

Por lo tanto, cabe afirmar que realmente no existen diferencias sustanciales entre un supuesto de sucesión de contratistas cuando la principal es una empresa privada, o cuando se trata de una Administración que revierte un servicio gestionado anteriormente por una contratista: en ambos casos se podrá estar ante una subrogación legal si es que se cumplen las exigencias del art. 44 ET.

## 5. REVERSIÓN Y SUCESIÓN DE PLANTILLAS

¿Qué ocurre cuando el proceso productivo de la empresa contratada no requiere de especiales medios de producción? Si se produce una sucesión de contratas, al no existir un conjunto de bienes materiales organizados para el desarrollo de una actividad productiva, no habría sucesión de empresa, ni subrogación empresarial: de aplicar la doctrina jurisprudencial tradicional, al no haber una transmisión de elementos materiales, no habría sucesión y no podría aplicarse la subrogación de los trabajadores.

Lo anterior es tremendamente importante, pues hay un amplio conjunto de actividades de prestación de servicios, en los que apenas existe ese conjunto de medios organizados con un objetivo productivo, tal como ocurre con la actividad de limpieza o de seguridad. Sin embargo, en estos procesos productivos, se ha considerado que al ser esencial la mano de obra, habría sucesión si la empresa entrante se hace cargo de todos o la mayoría de los trabajadores, dado que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra (Rodríguez, 2017, 24; De la Puebla, 2016, 116; Treviño, 2017, 147).

De esta manera, se admitido que en aquellos casos en los que no se requiere un conjunto de medios materiales para el desarrollo de la actividad productiva, sino que la misma se desarrolla gracias simplemente a la actividad de los propios trabajadores (pensemos, por ejemplo, en la actividad de vigilancia o seguridad de los bienes) y sin tales medios de producción, es posible que estemos ante una transmisión de empresa

de las reguladas por el art. 44 ET (Trillo, 2017, 43). Es decir, habría subrogación empresarial, pese a no producirse una transmisión de un conjunto de medios de producción, cuando el factor esencial para el proceso productivo es la mano de obra (López, 2017, 110; Rodríguez-Piñero, 2016, 142). En este sentido la STS de 10 de julio de 2014, RJ\2014\4774:

«(...) la subrogación empresarial que el citado precepto estatutario impone si se produce cuando se transmite una organización empresarial en aquellos supuestos denominados “sucesión de plantillas”, en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata».

En similar sentido la STS de 9 de julio de 2014, RJ\2014\4637.

El primer paso lo dio la jurisprudencia comunitaria, que partiendo de la existencia de diferentes circunstancias a tener en cuenta, tanto la transmisión de elementos materiales, como inmateriales (clientela, know how, la analogía de las actividades realizadas antes y después de la transmisión, la asunción de la mayoría de los trabajadores, etc.), señala que en los casos en que la actividad se basa en la mano de obra, la asunción de la misma determinaría una sucesión de empresas. Así, la STJUE de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y C-247/96, asunto Sánchez Hidalgo y otros, TJCE\1998\309, que al resolver el supuesto de un Ayuntamiento que adjudica la concesión del servicio de ayuda a domicilio a una determinada empresa y que tras finalizar la concesión se lo adjudicó a una tercera que contrató a todos los trabajadores de la anterior, señaló que

«Dicha entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción».

Si nos centramos en aquellas manifestaciones jurisprudenciales generadas por situaciones de reversión o recuperaciones de servicios por las Administraciones, debemos acudir a la ya mencionada STJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09, asunto UGT-FSP, TJCE\2010\241, que al analizar las diferentes situaciones de sucesión de empresas, estimó que

«Además, el Tribunal de Justicia ha señalado que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (véanse las sentencias Süzen, antes citada, apartado 18; de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal y otros, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Rec. p. I-8179, apartado 31, e Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 31) (...) Así, el Tribunal de Justicia ha declarado 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. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (...). Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha considerado, en relación con una empresa de limpieza, que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (sentencia Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 27)».

Esta doctrina fue fielmente seguida por la STJUE de 20 de enero de 2011, C-463/09 asunto CLECE, TJCE\2011\4.

En definitiva, que siendo esencial la mano de obra y no existiendo un conjunto material de instrumentos objeto de transmisión, habrá sucesión de empresas si la entrante se hace cargo de una parte esencial de la plantilla de la empresa saliente; siendo esencial, esto debe dejarse claro, que la nueva empresa decida asumir al personal, o a la mayor parte del mismo, de la empresa saliente; pues de lo contrario, no habrá sucesión de empresas (López, 2017, 125; Treviño, 2017, 147).

En todo caso, la doctrina del TJUE se ha trasladado a la jurisprudencia nacional en materia de reversión, como no podía ser de otro modo. Así la STS de 7 de diciembre de 2011, RJ\2012\106, que resuelve sobre la contrata de servicios auxiliares en un aeropuerto, habiendo asumido la nueva concesionaria una parte sustancial de la plantilla de la anterior, estimó, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, que

«De la doctrina contenida en las sentencias anteriormente consignadas se desprende que en aquellos 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, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad (...) nos encontramos ante un supuesto de los llamados de “sucesión de plantillas”, sin que el hecho de que la recurrente haya aportado maquinaria propia y elementos materiales desvirtúe lo dicho, porque no se ha probado la importancia de estas aportaciones materiales, mientras que si consta el valor del factor humano, al haberse dado ocupación al 80 por 100 de la anterior plantilla, a la par que los trabajos de jardinería, mudanzas, peonaje, control de acceso y de circulación, así como los de facturación no requieren por lo general una gran inversión en muebles y máquinas, sino, principalmente, en capital humano».

A mi juicio, el principal problema que aporta este planteamiento es que se requiere para estimar la existencia de sucesión de empresas que la empresa entrante asuma, por su propia decisión (voluntariamente) a la mayoría del personal; es decir, que la «sucesión de plantillas» sólo actúa cuando la empresa entrante decide asumir a la plantilla o una parte sustancial de la misma. Por lo tanto, en estos supuestos, si se asume el personal estamos ante una transmisión de empresa, pero si no se asume al personal (por el simple hecho de que la empresa lo rechace), no estaremos ante una sucesión de empresas. Así la STJU de 20 de enero de 2011, C-463/09, asunto CLECE, TJCE\2011\4: «En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla». De igual manera la STJUE de 26 de noviembre de 2015, C-509/14, asunto ADIF, TJCE\2015\283: «Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado a este respecto que, en un sector en el que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra, la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla» (vid. un amplio análisis de esta Sentencia en Monereo, 2016, 294 y ss.).

No resulta, por tanto, obligatoria la subrogación, dependiendo ésta de una decisión de la empresa entrante o de la Administración, que unilateralmente y sólo en base a sus intereses determinará si existe o no sucesión (Monereo, 2016, 291; Rodríguez, 2017, 26; Treviño, 2017, 148 y ss.) La cuestión es si debería darse un paso más para estimar que en los casos de actividades donde la mano de obra es esencial y no requieren de un conjunto material relevante, la sucesión de contrata es sucesión de empresas pues hay transmisión de una unidad productiva, dado que lo esencial es la continuidad de la actividad productiva, ante un cambio de sujeto que organiza la actividad productiva ejerciendo las facultades directivas empresariales; todo ello con independencia de la voluntad de la empresa entrante de asumir o no al personal de la empresa saliente. Lo contrario supone dejar a la voluntad de la empresa entrante que la sucesión de contrata, o en el caso que a nosotros interesa, la Administración en caso de reversión, decida si hay o no subrogación; si le interesa o no aplicar el régimen legal de la sucesión de empresas contenido en el art. 44 ET. Dicho régimen legal debe ser obligatorio para la empresa o la Administración, cuando se cumplan los requisitos de dicho precepto, interpretados de la manera flexible que hemos señalado en caso de actividades en que el proceso productivo descansa fundamentalmente en la mano de obra. En todo caso, ha de admitirse que esta interpretación nos conduce, justamente, a dar la vuelta totalmente a la doctrina predominante en los

últimos decenios que distinguía entre transmisión de empresa y transmisión de actividad (sobre la cuestión, vid. Gorelli, 2007, 288 y ss.).

Tal como acabamos de señalar, se estima la existencia de sucesión empresarial solo si hay asunción de los trabajadores, por lo que en idénticos casos al anterior, pero con la diferencia de que la Administración decide la reversión y desarrollar la actividad con su propia plantilla, va a estimarse que no existe dicha sucesión, por lo que no podrá aplicarse la subrogación a los trabajadores, que quedarán abocados a la extinción de sus contratos por la empresa saliente<sup>1</sup>. Podemos ver, así la STS de 26 de septiembre de 2017, RJ\2017\4273, supuesto en el que ADIF reasumió el servicio de información, atención al cliente y servicios auxiliares en la estación de Atocha, actividad que se realiza fundamentalmente gracias a la mano de obra y sin necesidad de un conjunto de elementos patrimoniales. La empresa decidió desarrollar dicha actividad con su propio personal, sin asumir mano de obra alguna procedente de la contratista saliente. En este caso, se consideró que no había sucesión de empresas, pues tras analizar la doctrina que ha establecido la jurisprudencia comunitaria sobre la sucesión de plantillas, considera que:

«La proyección de tal doctrina en el actual supuesto requiere recordar que aquí nos encontramos ante la reversión de un servicio de información, atención al cliente y servicios auxiliares en la estación de Atocha de Madrid, que descansa fundamentalmente en la mano de obra, y que pasa a prestarse por la entidad pública empresarial con su propio personal, habiendo señalado la sentencia recurrida que no existen elementos materiales o patrimoniales al objeto de configurar una infraestructura u organización empresarial por lo que claramente estamos en presencia de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra. La reversión de la contrata se ha llevado a cabo su transmisión de elementos patrimoniales y sin que la principal se hiciera cargo de ningún trabajador de la contratista dado que ha asumido la contrata con sus propios trabajadores».

En idéntica dirección la STS de 9 de diciembre de 2016, RJ\2017\206, que resuelve un caso prácticamente idéntico en el que la Comunidad de Castilla-La Mancha gestiona un IES en el que presta servicio de monitores en un comedor escolar una contratista, finalizando la contrata y asumiendo la Administración el desarrollo de tales funciones directamente, sin asumir personal alguno de la contratista saliente. La Sentencia desestimó la existencia de sucesión empresarial, afirmando

«que en absoluto estamos en presencia de una empresa que base su actividad en un equipamiento que haya de transmitirse o que se haya transmitido para continuar con la misma, como es el servicio de apoyo como monitoras de comedor de un centro de enseñanza, pues se trata de una actividad típica en la que es la mano de obra el elemento más significativo. En este sentido la sentencia recurrida parte del hecho probado de que no fue objeto de transmisión ninguno de esos elementos de producción a que se refiere el artículo 1 de la Directiva, o el número 2 del artículo 44 ET, pues en modo alguno la transmisión afectaba 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 accesoria”, como tampoco se produjo la referida figura de la sucesión de plantilla, puesto que el Liceo procedió a asumir la actividad en el control del comedor únicamente con su propio personal y algunas personas voluntarias».

También el conjunto de Sentencias que resolvieron la reversión del Ministerio de Defensa del servicio de cocina y restauración de diversas instalaciones militares, señalaron, reiterando la doctrina jurisprudencial del TJUE, que «la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla» (STS de 19 de septiembre de 2017, RJ\2017\4447; RJ\2017\4527; RJ\2017\4481; RJ\2017\4477). En todo caso, debe advertirse que en este caso no se resolvía un supuesto de sucesión de plantillas, sino una subrogación legal ordinaria, tal como hemos señalado *supra*.

<sup>1</sup> En este sentido la ya mencionada STS de 21 de abril de 2015, RJ\2015\2177: «Asimismo sostenemos con reiteración que cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contrata con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el art. 44ET y en la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal (SSTS 6/02/97;... 27/06/08; 30/05/11; 11/07/11; SG 23/09/14, FJ 8.C; SG 17/11/14 (...)).».

## 6. REVERSIÓN Y SUBROGACIÓN CONVENCIONAL O CONTRACTUAL

El principal mecanismo a través del cual se consigue la subrogación de los trabajadores es la subrogación convencional; es decir, aquella que se produce, no por mandato de la ley, sino como consecuencia de que así se haya pactado en el convenio colectivo de sector aplicable a ambas contratistas. Estaríamos ante supuestos en los que la sucesión de contrata no se considera sucesión de empresas (si estuviésemos ante supuestos de sucesión empresarial operaría directamente el art. 44 ET y se trataría de una subrogación legal), de manera que el convenio amplía la protección subrogatoria a estos supuestos de sucesión de contrata. La cuestión que nos planteamos ahora es la aplicación de la subrogación convencional o a través del convenio a los supuestos de reversión de un servicio; es decir, si es aplicable la subrogación regulada en un convenio colectivo, cuando en vez de producirse una sucesión de contrata, se produce una reversión del servicio a la Administración titular del mismo.

A este interrogante ha dado solución la doctrina jurisprudencial, rechazando la posibilidad de imposición de la subrogación a la Administración a través del convenio colectivo. Así la STS de 17 de junio de 2011, RJ\2011\5423, que resolvía el caso del Ayuntamiento de Yunquera de Henares, que asumió el servicio de limpieza viaria que antes prestaba una contratista privada (sobre la misma actividad y con idéntica respuesta, vid. las SSTs de 11 de julio de 2011, RJ\2011\5667; y 26 de julio de 2012, RJ\2012\9976), señalando la inexistencia de subrogación por imposición del convenio colectivo, dando para ello varios argumentos:

«a) La sentencia de esta Sala de 10/12/08 (rcud. 2731/07), con cita de la de 28/10/96 (rcud. 566/96), señaló que “el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado art. 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación en el que solo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio” pues “la empresa que asume la limpieza de sus propios centros de trabajo (...) no desnaturaliza ni amplía el ámbito funcional de la empresa que asume tal actividad (...) y de ahí que el mero hecho de que una empresa decida realizar la limpieza de sus propios locales o centros de trabajo directamente y con su propio personal, aunque éste sea de nueva contratación, no la convierte en modo alguno en una empresa dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales ajenos”.

b) De acuerdo con el criterio que se acaba de expresar, aunque la limpieza viaria sea una competencia municipal conforme a los arts. 25 y 26 de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, tampoco el hecho de que el Ayuntamiento asuma esta limpieza viaria con sus propios medios convierte a la entidad local en una empresa dedicada a la actividad de limpieza pública, viaria etc., como ocurre con la empresa contratista Urbaser, S. A. que cesó en la contrata de ejecución del servicio que le había adjudicado el Ayuntamiento, entre otras razones porque tal asunción del servicio podría realizarse con personal no laboral (art. 6 del repetido Convenio General del Sector).

c) En todo caso, lo que no puede estimarse aplicable en el caso que nos ocupa es la subrogación del personal que regula el art. 49 del Convenio General del Sector de Limpieza Pública Viaria etc., a efectos de contribuir y garantizar el principio de estabilidad en el empleo, porque, acorde con el criterio que expusimos anteriormente, la absorción del personal se prevé solamente “entre quienes se sucedan, mediante cualquiera de las modalidades de contratación de gestión de servicios públicos, contratos de arrendamiento de servicios o, de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del presente convenio”, precisando en el art. 52 que la subrogación de personal “operará en todos los supuestos de sustitución de contrata...”, siendo evidente que el Ayuntamiento que tenía adjudicado el servicio de limpieza viaria a una empresa del sector, cuando rescinde dicha adjudicación y asume directamente la ejecución del servicio público, no actúa como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior».

En el mismo sentido la STS de 21 de abril de 2015, RJ\2015\2177, ya comentada y que resolvía el supuesto de la reversión de la cafetería de la Intervención General del Estado (y con idéntica literalidad la STS de 19 de mayo de 2015, RJ\2015\2886, también comentada y relativa a la recuperación del servicio de

restauración del Palacio de Congresos de Madrid), y que ante el planteamiento de una posible subrogación convencional, señalaba que

«Aunque está claro que la regulación convencional mejora –y mucho– las prescripciones estatutarias, de todas formas no cabe olvidar, como regla general y sin perjuicio de excepcionales irrupciones en el ámbito sectorial por parte de empresas en principio ajenas a él [supuestos –por ejemplo– como el de las SSTS 21/10/10 –rcud. 806/10– (...) 23/09/14 –rco. 50/13–], que el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así se infiere del art. 82.3ET, al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio (entre las recientes, SSTS 21/12/10 –rco 208/09–; 11/07/11 –rcud 2861/10–; 17/09/12 –rcud 2693/11–; 18/09/12 –rcud 3299/11–; y 19/09/12 –rcud 3056/11–). Y en caso de autos, entre los pactantes de la normativa de cuya aplicación se trata fueron diversas asociaciones empresariales de hostelería y varias organizaciones sindicales, estando ausente representación alguna de las Administraciones Públicas, que obviamente no pueden quedar vinculadas por los pactos y acuerdos a que aquellas partes hubiesen llegado (...).»

En definitiva, dos son los argumentos utilizados por la jurisprudencia para negar que sea posible la subrogación: el convenio no puede afectar a quien no está incluido en el ámbito funcional del mismo (en este caso la Administración); y los convenios regulan situaciones de sucesión de contrata, fenómeno en el que no encaja la reversión que es un supuesto diferente.

La doctrina laboral, por su parte, ha seguido, en líneas generales la misma dirección fijada por la jurisprudencia, estimando mayoritariamente que no es posible aplicar la subrogación convencional a las Administraciones, al entender que los convenios no pueden afectar a empresas, como la Administración, que están fuera del ámbito funcional del convenio, pudiendo este afectar tan sólo a aquellas empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del mismo. Ciertamente la reversión pondrá final a una serie de contrata sucesivas, en las que puede haberse producido la subrogación por parte de las empresas entrantes; pero esta subrogación no es posible si la Administración recupera el servicio, al no estar incluida en el ámbito de aplicación del convenio; estaríamos ante un sujeto ajeno al convenio que regula la subrogación (Cruz, 2016, 42; Gómez, 2004, 282; Navarro, 2016, 316 y ss.; López, 2017, 126 y ss.; Sala, 2018, 204). Si embargo, también hay planteamientos críticos y favorables a la aplicación del convenio (así, Rodríguez, 2017, 27, Madrigal y Martínez, 2015, 40). De otro lado, también ha de considerarse que los convenios colectivos que establecen la subrogación convencional están regulando supuestos de sucesión de contratistas; es decir, que una empresa contratista que ve finalizar su contrato con la Administración es sustituida por una empresa saliente que contrata el mismo servicio con la Administración. Esta situación no es, ni mucho menos idéntica al supuesto de la reversión del servicio en la propia Administración, por lo que difícilmente podría aplicarse la subrogación a la Administración (en sentido crítico, Navarro, 2016, 328).

No obstante lo anterior, una reciente sentencia ha planteado una solución diferente, si bien la situación es distinta a la planteada habitualmente. Me refiero a la STS de 27 de febrero de 2018, RJ\2018\1144: en este caso nos encontramos con una empresa mercantil, Giahsa, creada por la Mancomunidad de Servicios de Huelva, integrada a su vez por diferentes Municipios de la provincia onubense; es decir, tenemos una empresa mercantil creada indirectamente por los Ayuntamientos a través de la Mancomunidad y que gestiona los servicios de agua y recogida de residuos sólidos. Dicha empresa cuenta con su propio convenio colectivo, que para el caso de no mantenerse la entidad en la configuración inicial, prevé que se adoptarán los acuerdos necesarios para transferir el personal necesario al Ayuntamiento que abandone la entidad. Además, el convenio estatal del sector de limpieza pública y viaria, riesgos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, establece que en caso de sucesión de contrata, incluyendo la reversión o rescate de la contrata, los trabajadores de la empresa saliente pasarán a adscribirse a la nueva empresa o a la entidad pública que realice el servicio.

En el caso en cuestión, el Ayuntamiento de San Juan del Puerto acordó separarse de la Mancomunidad y recuperar la gestión de los servicios de recogida de residuos sólidos, adjudicando los mismos a una empresa contratista. Giahsa entregó al Ayuntamiento la documentación exigida en caso de sucesión de contra-

tos y comunicó a la nueva contratista del Ayuntamiento de San Juan del Puerto la subrogación, contratista que se negó a la misma.

La sentencia parte de la inaplicación al Ayuntamiento del convenio nacional del sector, por idénticos argumentos a los señalados supra: no hay subrogación legal, pues no hay entrega de un soporte material para el desarrollo de la actividad, y tampoco puede aceptarse la subrogación convencional pues el convenio colectivo nacional no puede establecer reglas obligacionales que afecten a quien no es parte de la negociación, ni puede resultar de aplicación el convenio a quien no está incluido en el ámbito de aplicación del mismo. No obstante, estima la sentencia que no resulta de aplicación dicha doctrina al presente caso:

«Ahora bien, esa general inaplicabilidad del Convenio Colectivo a terceros no sería predicable de una cláusula –la de asunción de los trabajadores por los respectivos Ayuntamientos en supuesto de inviabilidad de la empresa pública y de asunción de la gestión– respecto de la que tales Administraciones Locales no pueden en puridad calificarse de “terceros”, en tanto que “Giahsa” es una empresa pública instrumental creada para el cumplimiento de servicios públicos locales y precisamente por la Mancomunidad de la que el Ayuntamiento demandado forma parte; y menos aún respecto de la asunción directa del servicio, porque ello ya no sería consecuencia de la previsión convencional, sino más rectamente de la norma laboral y de la jurisprudencia (...) de lo que aquí se trata no es de extenderle la titularidad empresarial por el sólo hecho de titular del servicio público o creador de la entidad empresarial, sino tan sólo de imputar a los Ayuntamientos, creadores indirectos –a través de la Mancomunidad– de la sociedad pública instrumental, de una previsión convencional que directamente les afecta y que en manera alguna puede considerarse “ajena” e inaplicable a ellos, habida cuenta del régimen jurídico tutelar que respecto de tales sociedades les corresponde [vid. art. 47 Ley 5/2010, de 11/Junio]».

No obstante, finalmente no llegó a estimarse la subrogación en el Ayuntamiento, sino en la empresa contratista que asumió la gestión del servicio. Ahora bien, es evidente que de no haberse externalizado nuevamente el servicio a través de dicha tercera empresa, sería el Ayuntamiento quien, en base al propio convenio colectivo de Giahsa, debería haber asumido al trabajador demandante. Como vemos, si es posible la subrogación convencional, cuando es el convenio que afecta a la Administración el que prevé la subrogación de personal procedente de contratistas.

En este sentido, debemos recordar lo señalado en el art. 130.3 de la Ley 9/2017: «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».

Aparentemente este precepto admite la subrogación convencional, pues establece que la Administración está obligada a la subrogación si lo establece una norma legal (subrogación legal) o un convenio colectivo o acuerdo de eficacia general. No obstante, dicha literalidad, a mi juicio, no da carta de naturaleza a la subrogación convencional, cuando esta se regula en un convenio colectivo cuyo ámbito funcional de aplicación no incluye a la Administración, al no ser esta sujeto negociador del mismo. Se estaría refiriendo realmente al supuesto de convenios en los que la propia Administración esté representada en la mesa negociadora; de lo contrario se estaría admitiendo que sujetos ajenos a la Administración pueden negociar obligaciones que se impongan a la misma.

Para terminar con las posibilidades de subrogación, debemos recordar al supuesto de la subrogación establecida por los pliegos de condiciones. En este caso se trata de una subrogación impuesta por la Administración a los licitadores a contratos de gestión de servicios públicos o en la regulación actualmente vigente a contratos de concesión de servicios; por lo tanto, no tiene lógica que esta posibilidad de subrogación pueda afectar a las Administraciones, pues son ellas las que concretan las condiciones de los pliegos que afectan a los sujetos privados. Estaríamos ante un supuesto de autoimposición de la subrogación por parte de la propia Administración, lo cual tiene una escasa lógica (Cruz, 2016, 42 y 43; Monereo, 2016, 292; Navarro, 2016, 316; Sala, 2018, 204).

El pliego de condiciones juega en realidad un mero papel informador para los licitadores que desean acceder a la contratación con la Administración; así con anterioridad señalamos que el art. 130 de la Ley 9/2017, establece en su apartado primero que en aquellos casos de sucesión de contratistas con la Administración, si existe la posibilidad de una subrogación legal o convencional, el pliego de condiciones juega dicho papel informador, pues los órganos 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 subro-

gación 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». Dicha información debe ser facilitada por la propia empresa saliente al órgano de contratación, de manera que «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» (art. 130.4 Ley 9/2017).

Además, el apartado 6.º de este art. 130 establece un refuerzo para las garantías de los trabajadores, pues prevé que «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, aún 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 éstos». Con ello se ofrece a los trabajadores un mecanismo que incrementa su protección, especialmente en el supuesto de subrogaciones convencionales, donde ya hemos visto la posibilidad de que se limiten los efectos de la subrogación, respecto del régimen legal, por la vía de establecer la falta de responsabilidad del nuevo empresario en materia de salario de los trabajadores subrogados (no así en el caso de subrogación legal, pues la garantía salarial se establece como efecto de la subrogación ex art. 44 ET; salvo que interpretemos que este precepto garantiza los salarios más allá del plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo).

## 7. SUBROGACIÓN Y PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD

Tal como viene destacando la doctrina laboral desde hace tiempo (Gómez, 2004, 282), la principal dificultad jurídica que plantea la existencia de una sucesión de empresas en el marco de una reversión de servicios administrativos es la articulación de las normas y principios laborales con las normas y principios administrativos: la subrogación y la estabilidad en el empleo del art. 44 ET con la regulación sobre procedimientos de selección del personal que obedecen a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (vid. los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución, así como el art. 55 EBEP).

Es evidente que la asunción por parte de la Administración de trabajadores procedentes de una empresa privada, de manera directa, supone eludir los señalados principios constitucionales que implican la necesidad de superar unas de pruebas de selección, a las que podrían acceder todos los ciudadanos que cumplieren los requisitos que se establezcan para cada proceso de selección.

La doctrina apuntó como solución la consolidación de este personal como indefinido no fijo (Gómez, 2004, 287 y 288; Sala, 2018, 205 y 206), estableciendo así un paralelismo con aquellos supuestos en los que la contratación temporal fraudulenta por parte de la Administración generaba la incorporación de personal, inicialmente contratado a través de un contrato meramente temporal, como indefinido en aplicación del art. 15.3 ET. Estaríamos ante una nueva vía de generación de trabajadores indefinidos no fijos.

Tal como acabamos de señalar, esta categoría o calificación propia del personal laboral al servicio de Administraciones Públicas, surge como consecuencia del incumplimiento por parte de la Administración del régimen jurídico de los contratos temporales. Por el contrario, cuando nos planteamos un supuesto de subrogación por reversión de un servicio, estos trabajadores acceden a la Administración sin que ésta cometa violación alguna del ordenamiento, al contrario, se incorporan justamente en cumplimiento de las normas sobre subrogación. El punto de unión entre ambas tipologías generadoras de trabajadores indefinidos no fijos reside en el acceso a la función pública sin procedimiento de selección, y que mantendrían u vinculación definitiva con la Administración en función de que logren acceder de manera ordinaria a la misma tras un procedimiento de selección, pudiendo suprimirse el puesto de trabajo que ocupan, quedando abocados a la extinción del contrato.

Esta solución tiene difícil encaje con lo previsto por la Directiva 2001/33 y con el art. 44 ET (Monereo, 2016, 304 y ss.), pues esta regulación se basa en garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por lo dispuesto por el art. 44 ET; y el indefinido no fijo supone hacer pender el mantenimiento del empleo a la consecución de un puesto de trabajo previo proceso de selección. De otro lado, es

evidente que la regulación laboral que acabamos de mencionar no prevé la mutación que supone el indefinido no fijo para la relación laboral. Parece una solución de compromiso entre los dos planteamientos: la necesidad de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 44 ET y la necesidad de respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Es evidente que una respuesta que anulase uno de los dos extremos generaría una situación del todo rechazable, pues ni es factible eliminar los efectos subrogatorios contemplados por el art. 44 ET y por la Directiva comunitaria, ni es posible defraudar principios constitucionales básicos.

Consecuentemente, la Administración, al incorporar este personal debería proceder tarde o temprano a la creación de las plazas para este personal, implementando el proceso de selección (al que podrá optar libremente el trabajador, junto con el resto de posibles candidatos, caso de ser él quien obtuviese la plaza, pasaría a tener condición de fijo; caso de ser otro sujeto diferente, se extinguiría el contrato de trabajo –sin indemnización– por haberse ocupado la plaza a través del oportuno proceso de selección); o bien, si no existen verdaderas y reales necesidades de servicio, proceder a la amortización de los contratos a través del despido objetivo o en su caso colectivo (Rodríguez, 2017, 31), siendo de aplicación en estos casos las especialidades propias del despido reguladas en el EBEP, en la DA 16.ª del ET y en el RD 1483/2012 por tratarse de personal perteneciente a una Administración Pública (Rodríguez, 2017, 34).

La solución, a mi juicio, no es satisfactoria, pues a diferencia del indefinido no fijo, que es un trabajador que, al menos según la interpretación canónica, está abocado a ver extinguido su contrato salvo que supere un proceso de selección para adquirir la condición de fijo, una vez que la plaza que ocupa salga a concurso; el trabajador subrogado no debería tener este horizonte, pues se incorpora a la Administración como consecuencia de la aplicación de un mandato legal y sin que exista una situación de fraude en la contratación.

No obstante, si la reversión se realizase a una sociedad mercantil o una persona jurídico privada en mano pública, al no tener la consideración de ente público (forman parte del sector público, pero carecen de personalidad jurídico-pública), serían aplicables las reglas propias del ET, sin especialidad alguna. No se accedería en condición de indefinido no fijo, figura que es aplicable sólo a los empleados públicos, sino en la condición de trabajador indefinido ordinario, y se le aplicaría exclusivamente la regulación laboral ordinaria.

De otro lado, ha de advertirse que en la actualidad ya no es posible atribuir al personal de la Administración pública la condición de indefinido no fijo de manera directa, sino que es imprescindible que dicha consideración derive de una sentencia judicial. Así lo afirma el apartado Dos de la DA 34.ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de PGE para el año 2017: «(...) los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial»; regla que se reitera por la DA 43.ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de PGE para el año 2018. Por lo tanto, no cabe la posibilidad de reconocer la condición de indefinidos no fijos, si no es a través de una sentencia que así lo haga expresamente. Esta regulación veda o impide, a mi juicio, la posibilidad de utilizar la figura del indefinido no fijo en caso de subrogación por reversión del servicio.

Por otra parte, respecto de los trabajadores sometidos a contratación temporal de obra y servicio por parte de la empresa contratista (fenómeno bastante habitual), debe tenerse en cuenta que si el contrato condiciona el fin del contrato a la finalización de la obra o servicio, y este se identifica con la extinción de la contrata, los contratos se extinguirían sin que este personal pasara a incorporarse a la Administración.

En definitiva, la solución propuesta no es aceptable. Es por ello que hay autores que reclaman la intervención del legislador para resolver esta cuestión (Sala, 2018, 206). Justamente es lo que ha intentado hacer el legislador a través de la LPGE de 2017, introduciendo una DA 26.ª que se enfrenta a este problema jurídico, cuestión diferente es que la literalidad de la norma genere dudas tremendamente relevantes.

## **8. LIMITACIONES A LA REVERSIÓN: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 26.ª DE LA LPGE PARA 2017**

Tal como hemos señalado, en la situación actual se está procediendo a un proceso contrario a la externalización, siendo una importante novedad, especialmente en el ámbito de las Administraciones locales. Las consecuencias que este proceso puede conllevar ha hecho que el legislador tome nota de cómo el péndulo parece volver a su punto de partida y, ante el temor a las consecuencias que puede traer la subrogación de los trabajadores, se ha optado por establecer ciertas limitaciones a los efectos de las reversiones. Me refiero,

como no, a lo previsto por la Disp. Adic. 26.<sup>a</sup> de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017<sup>2</sup>.

La primera cuestión que debemos resaltar de este precepto es que no estamos ante una norma de duración limitada a los efectos de la LPGE de 2017, sino que su vigencia tiene carácter indefinido, tal como el propio precepto se encarga de aclarar. Por lo tanto, las normas que pretenden limitar los efectos de la reversión, no agotan su vigencia con los presupuestos del 2017, teniendo pretensión de ser aplicadas hasta que el legislador acuerde su derogación. Más aún, ha de tenerse en cuenta que el apartado tercero de este precepto señala que lo regulado en esta disposición adicional tiene carácter básico, por lo que resulta de aplicación a todas las Administraciones públicas.

A tenor de la literalidad del precepto mencionado, las Administraciones públicas que están incluidas en el art. 2 del EBEP (la AGE, las CCAA, las Entidades locales, los organismos públicos, agencias y otras entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, que están vinculadas o dependen de las AAPP y las Universidades), no podrán otorgar la consideración de empleados públicos regulada en el art. 8 del EBEP ni podrán incorporar con dicha condición a los trabajadores que desarrollaban prestación de trabajo para los contratistas de obra o servicios o que mantenían cualquier contrato adjudicado por una Administración de las mencionadas en el art. 2 de la Ley 40/2015 (las mismas del art. 2 del EBEP), cuando los contratos se extingan ya sea por cumplimiento, resolución del contrato, incluido el rescate. Es decir, que los trabajadores de esas empresas contratistas, cuando se produzca la reversión, no podrán incorporarse a las Administraciones como empleados públicos. Téngase en cuenta que tampoco podrán incorporarse con esta condición el personal laboral que presta servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones o consorcios que se integran en una Administración Pública, pese a que tales entidades forman parte del sector público (art. 3 de la Ley 9/2017), y pese a que este personal haya debido pasar procesos de selección para su contratación.

Esta norma supone un límite a la incorporación de personal laboral, no en vano el propio precepto se titula como «Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público» (Treviño, 2017, 163; Trillo, 2017, 9). Además, su ámbito de aplicación es muy amplio, pues el apartado primero del precepto se remite al art. 2 del EBEP que contempla tanto a Administraciones territoriales como a organismos públicos, agencias o demás entidades de derecho público con autonomía jurídica propia, dependientes de las Administraciones Públicas. Por lo tanto las reversiones y los trabajadores afectados son tanto aquellas en las que se opta por una gestión directa integrada en la propia Administración, como aquellas en las que la gestión vaya a realizarla una entidad personificada; de hecho el propio precepto señala que ni se pueden considerar empleados públicos, ni se podrán incorporar con esta condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público, englobando, de esta manera, un amplio conjunto de destinos de este personal laboral.

Al respecto, parece conveniente una aclaración relativa a las empresas públicas o sociedades mercantiles, que forman parte del sector público, pero no tienen personalidad jurídico-pública, por lo que no tienen la consideración de entidades públicas. Dicho de otro modo, escapan al ámbito de aplicación de la DA 26.<sup>a</sup>; es decir, expresándolo en sentido positivo, sí podrían incorporar a estos trabajadores a sus plantillas sin los límites de dicha disposición (López, 2017, 131).

Es evidente que la pretensión del legislador con esta norma es limitar los efectos de la subrogación en caso de reversión, de manera que, en estos casos, si la Administración está afectada por el art. 44 ET, no

<sup>2</sup> La actual redacción del precepto (modificado por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018) es la siguiente: «Disposición adicional vigésima sexta. Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.

Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup>, así como del artículo 156.1 de la Constitución».

podrán incorporar al personal procedente de una reversión como empleados públicos, dificultando el futuro de los trabajadores de empresas privadas afectadas por procesos de reversión de servicios públicos (López, 2017, 105). A ello anima también la modificación de la DA 26.<sup>a</sup> realizada por la LPGE de 2018, pues se ha eliminado el último párrafo del apartado uno, que establecía que «Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral».

Teniendo en cuenta ambos elementos, llegamos a una situación cuanto menos confusa, por no decir directamente que contradictoria: en los casos de reversión, si se cumplen los requisitos, será de aplicación la normativa laboral sobre subrogación; pero ese personal no podrá incorporarse a las Administraciones como empleados públicos. Es evidente que la conjunción entre normas laborales y administrativas se apetece especialmente confusa y compleja,

¿Cómo es posible resolver esta situación aparentemente tan contradictoria? A mi juicio la norma, si bien pretende limitar los efectos de los procesos de reversión, sobre todo remunicipalización, que se están produciendo en la actualidad (Treviño, 2017, 162), no lo hace impidiendo la subrogación de las Administraciones públicas, sino reduciendo los efectos del proceso por la vía de negar la consideración de empleados públicos a los trabajadores afectados.

La DA 26.<sup>a</sup> no puede impedir la aplicación de la subrogación en los casos de reversión, pues estaría actuando en contra de la Directiva 2001/23, que tal como hemos visto resulta aplicable a las Administraciones. Entra dentro de la competencia del legislador nacional reforma las leyes como el ET, de manera que no se aplique o lo haga de manera limitada. Ello es posible, ahora bien, no cabe la menor duda de que el legislador no puede actuar contra la letra de la Directiva, ni contra la interpretación que de la misma realiza el TJUE. Por lo tanto, como punto de partida, y esto es esencial, esta regulación no puede, en modo alguno, suponer una reducción de los efectos del art. 44 ET, de manera que si se cumplen las exigencias legales, habrá subrogación empresarial por parte de la Administración.

Más aún, la subrogación se establece como obligatoria en la propia regulación de contratos públicos, pues el art. 130.3 Ley 9/2017 (norma posterior a la LPGE de 2017), con absoluta claridad establece que «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». Obsérvese que este precepto admite incluso la subrogación convencional. Ahora bien, debemos entender que ello es así, siempre y cuando el convenio sea negociado también por la Administración, de manera que esta entre dentro del ámbito de aplicación del mismo.

Por otra parte, la supresión del último párrafo del apartado Uno de la DA 26.<sup>a</sup>, tampoco supone negar la aplicación del art. 44 ET. La supresión puede explicarse por el hecho de que el apartado Uno de la DA 26.<sup>a</sup>, que predicaba expresamente la aplicación de normas sobre sucesión de empresas contenidas en la regulación laboral, se refiere a dos colectivos diferentes: de un lado, el personal procedente de sucesión de contratas, y de otro el personal que presta servicios en personas jurídico-privadas, pero que forman parte del sector público, que se integran en la Administración pública como supuesto de transformación de entes del sector público. Pues bien, respecto del segundo de los colectivos, la subrogación se plantea normalmente a través de normas legales específicas dedicadas a regular la reestructuración del sector público (normas, por tanto, de Derecho Administrativo); de ahí que se obvie la referencia a la sucesión de empresas regulada «en la normativa laboral».

Por lo tanto, la DA 26.<sup>a</sup> admite la subrogación del personal, su incorporación; ahora bien no con la condición de empleados públicos. Es aquí donde está realmente la clave de esta regulación. Recordemos que a tenor del art. 8 EBEP son empleados públicos, los que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones y, clasificándose en funcionarios de carrera, interinos, personal eventual y (por lo que a nosotros interesa ahora) personal laboral, que podrá ser fijo, indefinido o temporal. Por lo tanto, el personal laboral de las letras a) y b) de la DA 26.<sup>a</sup>, se incorporará a la Administración, pero no como empleado público; es decir, sin integrarse en ninguna de las categorías del art. 8 EBEP. Esto supone, por ejemplo, que si es personal que tenía un contrato indefinido con la empresa privada no puede incorporarse a la Administración como fijo, pues la consideración de fijo es propia del empleado público, siendo una de sus clasificaciones ex art. 8 EBEP. Ello supondrá, por ejemplo, no beneficiarse de las garantías en caso de despido improcedente o de despidos colectivos.

De otro lado, tampoco podrán incorporarse como indefinidos no fijos, pues a tenor de la literalidad de la DA 26.<sup>a</sup> estos trabajadores no pueden incorporarse con la condición de empleados públicos y el indefinido no fijo es empleado público a tenor del art. 8 EBEP; por lo tanto, tampoco podría ser esta la respuesta (Ló-

pez, 2017, 145). Todo ello, además, de las limitaciones que tiene la figura del indefinido no fijo, pues tal como hemos señalado anteriormente sólo es factible acceder a esta condición a través de sentencia judicial según la normativa de las leyes de presupuestos generales del Estado para los años 2017 y 2018.

Entonces, ¿en qué condición acceden a la Administración estos trabajadores? Lo cierto es que la DA 26.<sup>a</sup> crea un limbo jurídico: es personal laboral, es personal laboral incorporado a una Administración, pero no en la condición de empleado público. Aparentemente la consecuencia de la DA 26.<sup>a</sup> es la creación de un nuevo tipo de trabajadores de la Administración, que no tienen la consideración de empleados públicos, los trabajadores subrogados (López, 2017, 147).

Desde mi punto de vista, lo que pretende la DA 26.<sup>a</sup> es aplicar la subrogación, de manera que los trabajadores se incorporan a la Administración, pero sin que resulte de aplicación el EBEP, pues no son empleados públicos. Si bien el legislador no ofrece un verdadero concepto de empleado público (el que aparece en el art. 8 es tan genérico que realmente casi todos los que prestan servicios para una Administración entrarían en la descripción que realiza), al menos sí establece la lista exhaustiva de sujetos que gozan de esta condición, siendo rasgo común a todos ellos que se les aplica el EBEP. De esta manera el EBEP (me refiero, como es lógico a las normas que específicamente señala el propio EBEP como aplicables al personal laboral) queda reservado para los que son empleados públicos; siéndoles, además, también de aplicación, como es lógico, el ET, así como el resto de normas de derecho público aplicables al personal laboral; por ejemplo, la regulación sobre incremento retributivo regulado por la LPGE de cada año (y ello con independencia de lo previsto por el art. 44.4 ET, pues no podría hacerse valer esta norma en la defensa de una aplicación de la retribución pactada en el convenio colectivo de origen, pues aun cuando no este-mos ante trabajadores públicos en el sentido del art. 8 EBEP, es evidente que prestarán servicios para una Administración, por lo que están afectados por estos límites retributivos), o la tasa de reposición existente en cada momento.

Por el contrario, al personal laboral de las letras a) y b) del apartado Uno de la DA 26.<sup>a</sup> LPGE de 2017 le será de aplicación exclusivamente el ET, así como esas otras normas de derecho público dictadas para ser aplicadas a los trabajadores, como los límites al incremento retributivo o las tasas de reposición a las que hemos hecho referencia. Esto supone no aplicar las reglas de protección en caso de despidos disciplinario y, específicamente, al que tenga contrato indefinido no se le aplicará la readmisión obligatoria en caso de improcedencia; y para todo este personal laboral se le aplicarán las reglas sobre despido objetivo y colectivo del ET sin interferencias del EBEP. Ahora bien, en materia de despidos colectivos y objetivos, recordemos que es el propio ET quien establece ciertas especialidades que dificultan la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, afectando al personal integrado en los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público (DA16.<sup>a</sup> ET).

La doctrina laboral ha señalado la posibilidad de que la Administración pueda crear sociedades mercantiles públicas que tengan como fin gestionar el servicio revertido y acoger a los trabajadores de la letra a) del apartado primero de la DA 26.<sup>a</sup> (Monero, 2016, 306; López, 2017, 142 y 143; Treviño, 2017, 163 y 164), lógicamente bajo el régimen laboral común. Observemos que es una solución, ante todo, factible de conformidad a la propia DA 26.<sup>a</sup>, que en su apartado segundo señala que en los casos excepcionales, derivados del cumplimiento de una sentencia, o bien previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios de igualdad, mérito y capacidad, el personal señalado por la letra a) del primer apartado de la DA 26.<sup>a</sup> (trabajadores procedentes de contratistas de concesiones de servicios públicos), sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, tales incorporaciones no se contabilizan como personal de nuevo ingreso a los efectos de la tasa de reposición. Dejando de lado la problemática de la tasa de reposición, es evidente que se está admitiendo la posibilidad de asunción del personal procedente de concesiones afectadas por reversión por parte de las sociedades mercantiles (más aún, la DA 15.<sup>a</sup> de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, establece que las limitaciones para la contratación de nuevo personal de las sociedades mercantiles públicas no serán de aplicación si el personal tuviese una relación preexistente, fija o indefinida con el sector público).

Estas sociedades mercantiles públicas se rigen en sus relaciones laborales por el Derecho del Trabajo, por lo que no surgirían los conflictos derivados de una incorporación como empleados públicos, pues su personal no tiene esta consideración, sino que se trata de personal laboral ordinario. No les resulta de aplicación el art. 8 EBEP ni las diferentes categorías de empleados públicos (López, 2017, 143). Sin embargo, recordemos que a estas sociedades si resulta de aplicación principios esenciales del derecho público, que afectan fundamentalmente al ámbito de la contratación: así, les afectan los límites cuantitativos en la contratación (la tasa de reposición), y deberán respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad (DA 1.<sup>a</sup> EBEP).

En la práctica esta solución da satisfacción al objetivo perseguido por el legislador: evitar que la marea de reversiones suponga que el conjunto de empleados públicos crezca desmesuradamente, pues se establece un cortafuegos que es la sociedad mercantil pública, de manera que no alcance a las Administraciones o entidades públicas (incluso podría plantearse la creación de la sociedad con un fin meramente instrumental para volver a concertar la gestión con un tercer sujeto privado). De otro lado, se mantienen el derecho a la estabilidad de los trabajadores afectados que garantiza el art. 44 ET.

Como vemos, el cruce de normas laborales y administrativas crea importantes problemas interpretativos, lo que va a generar, a buen seguro, un importante nivel de polémica judicial a corto plazo, pues serán los jueces, en última instancia, quienes deban realizar una interpretación a este precepto.

## BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ VILLALÓN, J. (2016): “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, en *Temas Laborales*, núm. 135, págs. 13-48.
- GÓMEZ ALVAREZ, T. (2004): *La transformación de las Administraciones Públicas*. Madrid: CES.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2007): *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Madrid: Grupo Difusión.
- LÓPEZ CUMBRE, L. (2017): “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, en *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 3, págs. 101-147.
- MADRIGAL ESTEBAN, M. J. y MARTÍNEZ SALDAÑA, D. (2015): “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 40, págs. 33-51.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2016): “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, en *Temas Laborales*, núm. 135, págs. 251-308.
- NAVARRO NIETO, F. (2016): “Gestión privada de lo público: estructura y contenido de la negociación colectiva”, en *Temas Laborales*, núm. 135, págs. 309-344.
- OLARTE ENCABO, S. (2016): “Calidad de los servicios públicos y estándares laborales. Especial referencia a la seguridad y salud laboral y a la conciliación familiar”, en *Temas Laborales*, núm. 135, págs. 151-183.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2016): “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 17, págs. 112-122.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2017): “Implicaciones jurídico-laborales de la reasunción de servicios públicos. La aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 19, págs. 19-39.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2016): “Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo”, en *Temas Laborales*, núm. 135, págs. 111-150.
- SALA FRANCO, T. (2018): “Acceso de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las Administraciones públicas”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, págs. 202-206.
- TREVIÑO PASCUAL, M. (2017): “Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, págs. 126-166.
- TRILLO PÁRRAGA, F. J. (2017): *Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos laborales*. Albacete: Bomarzo.

Recibido: 11-08-2018  
Modificado: 14-01-2019  
Aceptado: 14-12-2018  
DOI: 10.24965/gapp.v0i21.10559  
Sección: ESTUDIOS



## Fortalezas, debilidades y oportunidades de la política de gestión diferenciada de residuos para grandes generadores del área metropolitana de Buenos Aires (2013-2017). ¿Promoción del reciclaje inclusivo o más de lo mismo?

*Strengths, weaknesses and opportunities of the waste management policy oriented to the big generators of the metropolitan area of Buenos Aires (2013-2017). Promotion of inclusive recycling or more of the same?*

Faustina Sarandón  
IdIHCS-CONICET-UNLP, UNSAdA (Argentina)  
faustinasarandon@gmail.com

### NOTA BIOGRÁFICA

Licenciada en Sociología y Doctoranda en Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Becaria del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Investiga la incorporación de Recuperadores Urbanos a la gestión de residuos sólidos municipal.

Pablo Javier Schamber  
UNQ-CONICET, UNLa, UNAJ (Argentina)  
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3458-3182>  
pjschamber@hotmail.com

### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Antropología (UBA), Magister en Ciencia Política (Fund. Bco. Patricios) y Especialista en Gerencia Pública para el Desarrollo Social (INAP). Director del proyecto "Ambiente, sustentabilidad y residuos. La universidad fortaleciendo el reciclaje con inclusión social", aprobado según requisitos Programa de Incentivos Ministerio de Educación de la Nación de Argentina (80020170500003LA).

---

### RESUMEN

La política de gestión diferenciada de residuos para grandes generadores impulsada por la autoridad ambiental de la Provincia de Buenos Aires en el año 2013, auguraba un cambio sustancial en el tratamiento de los residuos sólidos urbanos. Con su entrada en vigencia, los grandes generadores debían gestionar sus propios residuos separándolos en al menos dos fracciones (reciclables y no reciclables) y asumir el costo de su transporte y tratamiento. Dichas normativas buscaban además promover la inclusión social de los recuperadores urbanos habilitando su participación mediante la organización de cooperativas. Desde un enfoque de las políticas públicas como proceso, este trabajo expone análisis iniciales sobre los efectos que dicha política ha venido teniendo sobre actores que la protagonizan.

## **PALABRAS CLAVE**

Políticas públicas; residuos sólidos urbanos; Cooperativas de Recuperadores Urbanos; desarrollo sustentable; implementación.

## **ABSTRACT**

The policy of differentiated management of waste for large generators promoted by the environmental authority of Buenos Aires Province in 2013, predicted a substantial change in the treatment of urban solid waste. Through them, big generators had to manage their own waste by separating them into at least two fractions (recyclable and non-recyclable) and to assume the cost of transporting and treating them. These regulations also sought to promote the social inclusion of waste pickers enabling their participation through the organization of cooperatives. From an approach of the public policies as process, this work exposes initial analyzes on the effects that this policy has been having on actors that carry it out.

## **KEYWORDS**

Public policies; Urban Solid Waste; Waste pickers cooperatives; sustainable development; implementation.

## **SUMARIO**

INTRODUCCIÓN. OBJETO DE ESTUDIO. ENFOQUE/MARCO TEÓRICO. METODOLOGÍA. PLAN DE EXPOSICIÓN. 1. LOS GRANDES GENERADORES. 1.1. PLANES DE GESTIÓN. 1.2. TIPOS DE GRANDES GENERADORES QUE PRESENTARON PLANES DE GESTIÓN. 1.3. REFERENTES AMBIENTALES. 2. LOS DESTINOS SUSTENTABLES. 2.1. DILEMAS DE COBRAR POR EL SERVICIO DE RECIBIR. 2.2. INSCRIPCIÓN AL REGISTRO DE TECNOLOGÍAS. 2.3. TRANSPORTE. 2.4. MUNICIPIOS. 2.5. CERTIFICADOS. 3. SOBRE LA RELACIÓN ENTRE GRANDES GENERADORES Y DESTINOS SUSTENTABLES SEGÚN LOS PLANES DE GESTIÓN. 3.1. ALGUNOS CASOS. 3.1.1. Asociación Vecinal Nordelta y Coop. Creando Conciencia (Res. 137). 3.1.2. Clorox SA., Reciclando Sueños, Consejo Nacional de Investigaciones Científico Tecnológicas (CONICET) (Res. 139/13). 3.1.3. Grupo Newsan y Cooperativa Bella Flor. 3.1.4. Carrefour, Mc Donald's (Res. núm. 138/13) y varios destinos sustentables. 3.1.5. Universidades Nacionales del Conurbano y cooperativas. 4. REFLEXIONES FINALES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. NORMATIVA DE REFERENCIA.

## **INTRODUCCIÓN**

### **Objeto de estudio**

En Argentina, de acuerdo a la Constitución Nacional, las provincias delegan en la Nación la potestad de dictar normas de presupuestos mínimos de protección ambiental. Para el caso de los residuos sólidos urbanos (RSU)<sup>1</sup> es la Ley 25916/04 la que define dichos estándares que todas las jurisdicciones deben cumplir como mínimo, pudiendo también dictar medidas más exigentes. En este sentido, desde hace algunos años varias provincias sancionaron normativas complementarias y ampliatorias de aquellos presupuestos mínimos. Así, han establecido distinciones entre dos tipos de generadores: los generadores individuales y los grandes generadores; los primeros permanecen dentro del servicio público de recolección local, mientras que los grandes generadores deben afrontar ahora el transporte y tratamiento.

En la provincia de Buenos Aires, la Ley núm. 14273 del año 2011 estableció que los grandes generadores debían hacerse cargo de los costos del transporte y la disposición final de los mismos en los rellenos sanitarios de la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE)<sup>2</sup>. Sin embargo, es

<sup>1</sup> Los residuos sólidos urbanos (RSU) en general comprenden plásticos, papeles, diarios y revistas, vidrios, latas, muebles y electrodomésticos viejos, embalajes y desperdicios de la actividad comercial, restos de comida, cáscara de frutas y verduras, restos del cuidado de los jardines, la limpieza de las calles, entre otros. Quedan excluidos de esta categorización los residuos patogénicos regidos por la Ley núm. 154, los residuos peligrosos regidos por la Ley Nacional núm. 24051 y por la Ley núm. 2214, y los residuos industriales regidos por la Ley Nacional núm. 25612, que a su vez tienen debido a sus características otros sistemas de manejo.

<sup>2</sup> CEAMSE es una empresa pública interjurisdiccional (Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) encargada de administrar en rellenos sanitarios la disposición de los residuos sólidos urbanos de 34 distritos que componen el área metropolitana de Buenos Aires, donde habitan más de 15 millones de personas.

difícil encontrar en esa medida otra justificación que no sea dotar de nuevos recursos financieros a CEAMSE e incrementar la cartera de clientes de las empresas autorizadas para transportar residuos. En cambio, las Resoluciones núm. 137, 138 y 139 del año 2013 impulsadas por la autoridad ambiental de la misma provincia (el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible/OPDS)<sup>3</sup>, si bien tienen un parecido de familia con la mencionada Ley, presentan respecto de aquella una diferencia radical al establecer la obligatoriedad de separar los residuos en al menos dos categorías (reciclables y no reciclables), y al crear la figura del *destino sustentable* para el tratamiento de la fracción reciclable. Pero además de promover maximizar la recuperación de los materiales reciclables producidos por grandes generadores y, consecuentemente, disminuir el volumen destinado a disposición final, dichas normativas estimulan la inclusión social al reconocer explícitamente que los recuperadores urbanos organizados en cooperativas pueden participar como destinos sustentables. Las Resoluciones no establecen distinciones en relación a los tipos de figuras jurídicas susceptibles de inscribirse tales, pero tanto en sus considerandos como en sus articulados se encuentran claras referencias al propósito de beneficiar a las cooperativas de recuperadores urbanos. Transcurridos cuatro años de la existencia de las Resoluciones, este trabajo busca analizar aspectos relevantes de su puesta en marcha.

### Enfoque/marco teórico

Recuperadores urbanos o recicladores es la denominación empleada en documentos públicos de Argentina para referir a los recolectores de residuos reciclables, también conocidos habitualmente como *cartoneros* y tiempo atrás como *cirujas*. La producción bibliográfica sobre diferentes aspectos de la práctica que ellos realizan ha sido profusa en los últimos años, sobre todo debido a interés que despertó el importante incremento de su número a partir del cambio de siglo. No es este el lugar para realizar un compendio de todas esas producciones, pero para tener al menos una aproximación a su nutrido volumen y sin pretensión de exhaustividad caben destacar entre las tesis de postgrado locales recientes a las siguientes (por orden alfabético): Álvarez 2011, Busso 2004, Dimarco 2010, Gorban 2005 y 2014, Maldovan Bonelli 2014, Molina 2017, Paiva 2008, Perelman 2011, Schamber 2008, Shammah 2009, Sorroche 2016, Suárez 2001 y 2016, Villanova 2014, entre otras realizadas en el marco de lo que Álvarez (2011) identificó como *antropológicas* para distinguir a las que se inscriben dentro del campo de las ciencias sociales de las más vinculadas con el ámbito de la ingeniería sanitaria<sup>4</sup>. También debe tenerse en cuenta que en la construcción de la agenda sobre esta problemática (Oszlak & O'Donnell, 1981; Subirats, 1994) las organizaciones reconocidas como cooperativas de recuperadores urbanos se fueron identificando en Argentina como beneficiarios de los modelos de gestión de residuos con inclusión social. Con fuerte intervención de ONGs de carácter internacional (como AVINA, COSPE, GREENPEACE, entre otras), se posibilitó que las cooperativas se volvieran tanto receptoras de las políticas de gestión de los residuos como parte activa en la elaboración de las mismas (Sorroche, 2016).

Los enfoques que analizan las políticas públicas como un proceso constituido por distintas etapas, con actores, restricciones, decisiones, desarrollos y resultados que se influyen, interrelacionan y retroalimentan (Aguilar Villanueva, 1993 y 1996; Regonini, 1991, Tamayo Sáez, 1997) resultan útiles para contemplar el devenir de las Resoluciones del OPDS. Sin considerar que en la realidad las cosas hayan sucedido tal como se las analiza o representa, constituyen un dispositivo metodológico que permite la descripción y comprensión de una política separándola en etapas sucesivas (Aguilar Villanueva, 1996; Oszlak & O'Donnell, 1981; Tamayo Sáez, 1997). Muy pocos trabajos han analizado las etapas de definición y construcción de la agenda, de toma de decisión e implementación de las primeras acciones en relación a estas mismas Resoluciones de las que aquí nos ocupamos (Sarandón, 2016, 2016 b). Considerando el tiempo transcurrido desde su existencia, ahora nos centraremos en analizar algunos efectos derivados de esas medidas sobre los actores identificados como los protagonistas de su implementación: grandes generadores, destinos sustentables y OPDS. No procuramos lograr una evaluación de las Resoluciones ni de los cambios que se observan en relación a una determinada situación inicial, ya que para ello se debería contar con una línea de base,

<sup>3</sup> El OPDS es la autoridad ambiental de la Provincia de Buenos Aires y tiene como funciones planificar, formular, proyectar, fiscalizar, ejecutar la política ambiental y preservar los recursos naturales; ejercer el poder de policía, establecer y fiscalizar el cumplimiento de la política sobre contaminación industrial, sus efluentes y del ambiente en general; intervenir en la conservación, protección y recuperación de reservas, áreas protegidas y bosques, en el uso racional y la recuperación de suelos; la promoción de actividades vinculadas con la educación ambiental y con los estudios de impacto ambiental, entre otras (Decreto del Poder Ejecutivo Provincial 23 de 2007).

<sup>4</sup> Un panorama adicional sobre la situación en Argentina y otros países de América Latina puede encontrarse en las compilaciones de artículos reunidos en los diferentes cinco volúmenes de los libros "Recicloscopios" (ver bibliografía).

además de haber sido planificada esa acción desde los inicios de la política y como parte de la misma. Más bien pretendemos analizar cómo se ha venido dando la implementación de las Resoluciones teniendo en cuenta las aspiraciones y el espíritu contenido *en papel*, las acciones encaradas por sus protagonistas y algunos resultados alcanzados hasta fines del año 2017. En este sentido, interesa precisar ¿predominan las cooperativas de recuperadores urbanos entre los destinos sustentables con los que se vinculan los grandes generadores?, ¿cómo se ha dado la interacción entre los destinos sustentables, los grandes generadores y el OPDS?, ¿qué dificultades se presentaron y cómo se resolvieron?, ¿qué modificaciones se pueden identificar a partir del cambio de gestión provincial en diciembre de 2015<sup>5</sup>?, entre otras aristas de indagación.

## Metodología

Para realizar este análisis utilizamos una metodología basada en entrevistas en profundidad a funcionarios y técnicos del OPDS, y a referentes y miembros de cooperativas de recuperadores urbanos. También utilizamos información provista por el OPDS en una base de datos Excel actualizada hasta diciembre de 2017, donde se volcaron datos extraídos de los planes de gestión que tuvieron que presentar los grandes generadores. Asimismo, un valioso material han sido los registros de campo e informes producidos en el marco de jornadas de trabajo realizadas entre varias cooperativas, y entre cooperativas y grandes generadores llevadas a cabo en el marco de proyectos de investigación y transferencia en los que participamos (Proyecto UNAJ SPU 4663/14 núm. 001-107; Proyecto PDS CIN CONICET núm. 594, UNLa núm. 33A246, UNLa 80020170500003LA)<sup>6</sup>.

## Plan de exposición

Este trabajo se encuentra dividido en tres secciones. Las dos primeras están dedicadas a describir varios aspectos que hacen al estado de situación en que se encuentran los dos principales actores involucrados en las Resoluciones (grandes generadores y destinos sustentables). Luego se analizan la relación que entre ellos se ha venido estableciendo a partir de los datos que surgen de los planes de gestión presentados al OPDS. Esta misma parte contiene referencia a algunos casos en los que grandes generadores entregan sus residuos reciclables a cooperativas de recuperadores urbanos para su tratamiento. Por último aparecen reflexiones sobre cómo se han venido instrumentando las Resoluciones y se explicitan propuestas que estimamos apuntan a su mejora.

## 1. LOS GRANDES GENERADORES

En esta sección analizaremos a los grandes generadores como uno de los actores principales de las Resoluciones. Los grandes generadores implicados en la normativa son los Clubes de Campo y Barrios Cerrados (Res. 137/13), los hoteles de cuatro y cinco estrellas, los shoppings y galerías comerciales, los hipermercados y las cadenas de locales de comidas rápidas (Res. 138/13), y los establecimientos industriales (Res. 139/13). La política exige a los grandes generadores adoptar sistemas de separación interna de residuos en al menos dos fracciones (reciclables y no reciclables) y responsabilizarse por los costos del transporte y tratamiento de ambas. Aunque muchos grandes generadores venían implementando donaciones de material reciclable a cooperativas de recuperadores urbanos o asociaciones civiles con anterioridad a la existencia de las Resoluciones, es cuando éstas comienzan a instrumentarse que aparece la obligación de hacerlo a un destino sustentable y asumiendo el costo del transporte y del tratamiento de los materiales reciclables, y de presentar todo ello en el marco de un Plan de Gestión. Consultado sobre cómo repercutieron en algunos de ellos esta medida, el entonces Director de Residuos Sólidos Urbanos del OPDS respondió:

<sup>5</sup> Entre octubre y noviembre de 2015 se realizaron elecciones generales en el país y en varias provincias y Municipios. En la provincia de Buenos Aires resultó electa gobernador la candidata de un partido opositor al que ejercía el poder entonces. En diciembre de ese año asumieron las nuevas autoridades.

<sup>6</sup> Se realizaron cuatro jornadas de trabajo: "1.º Encuentro Cooperativas de Recuperadores Urbanos y Universidades: Taller de evaluación de la implementación de las Resoluciones de GG del OPDS" (3-08-2015), "2.º Encuentro Cooperativas de Recuperadores Urbanos y Universidades: Taller sobre manifiesto electrónico y certificados de tratamiento de RSU reciclables" (27-10-2015), "I Jornada para el Debate Programático Cooperativas de Cartoneros/Recuperadores y Universidades Nacionales" (4-07-2016) y "II Jornada para el Debate Programático Cooperativas de Cartoneros/Recuperadores y Universidades" (16-11-2016).

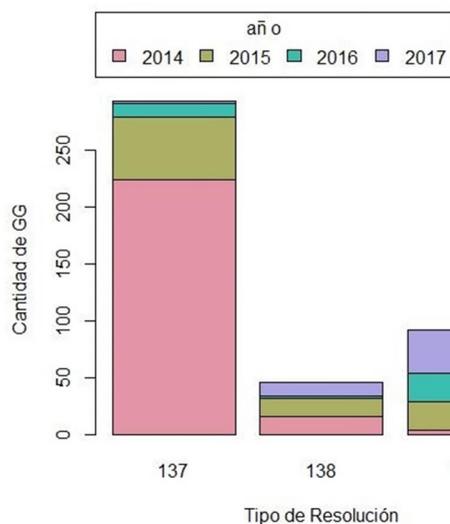
...al principio lo tomaron mal, pero después se fueron aflojando, y en general está bien recibido. Lo que se logró es tomar conciencia de que había que separar los residuos, de que había que valorizarlos. El tema, digamos, ambiental también está en auge y hay muchos que están en eso... (entrevista al Director de RSU, 10-08-15).

### 1.1. Planes de Gestión

Los grandes generadores deben presentar ante el OPDS un Plan de Gestión en el que se identifique un Referente Ambiental (responsable del diseño y la ejecución del Plan y nexos con el OPDS), un transportista y un destino sustentable escogido para el tratamiento (Anexo único, Res. núm. 137/13). Además, se tiene que estimar qué cantidad de RSU se produce por mes (indicador de generación) y cuánto de ello es potencialmente recuperable (indicador de materiales recuperados). Estos datos permiten calcular la tasa de reciclado, que expresa la relación entre RSU generados y RSU reciclables. Por último, el gran generador debe contar con un *Libro de operaciones* para el registro de las cantidades de RSU reciclables llevadas al destino sustentable y las cantidades de RSU no reciclables transportadas al sitio de disposición final de CEAMSE. Esto debe estar acompañado por los certificados que tanto el destino sustentable como la CEAMSE proveen para cada caso. Este *Libro de operaciones* sirve al OPDS para tareas de fiscalización del cumplimiento de las Resoluciones.

El Plan de Gestión es evaluado por el OPDS y debe ser actualizado por el referente ambiental anualmente. Hasta diciembre de 2017 se habían presentado ante OPDS 432 Planes de Gestión. En el siguiente Gráfico 1 pueden distinguirse según el tipo de Resolución en el que se enmarcan (ver más adelante) y el año en que se presentaron<sup>7</sup>.

GRÁFICO 1 PLANES DE GESTIÓN SEGÚN EL TIPO DE RESOLUCIÓN Y EL AÑO DE PRESENTACIÓN



Fuente: elaboración propia sobre base de datos de OPDS.

### 1.2. Tipos de grandes generadores que presentaron Planes de Gestión

La distribución porcentual del tipo de gran generador de acuerdo a su respectiva resolución es la siguiente: el 68% pertenece a la Resolución 137 (Countries y Barrios Cerrados), casi un 11% a la Resolución 138 (Galerías comerciales, Hipermercados, cadenas de comida rápida y Hoteles de 4 y 5 estrellas), y un 21 % a la Resolución 139 (Industrias). Se observa que el 57% de los Planes de Gestión se presentó durante el primer año en que se instrumentaron las Resoluciones, pero además se puede identificar que de ese valor, el 92% fueron Planes de Gestión presentados por Countries y Barrios cerrados. Junto al recambio de autoridades en la Provincia y en

<sup>7</sup> Se aclara que esta variable indica el año de presentación de los Planes de Gestión, y no se relaciona con las actualizaciones que deben realizarse anualmente por parte de los grandes generadores ni con la fecha de su eventual aprobación.

varios de los municipios involucrados, en el año 2016 descienden notablemente las presentaciones de Planes de Gestión. No obstante, en el año 2017 se nota un incremento de la presentación de Planes de Gestión respecto de la caída del año anterior, pero ahora resultan preponderantes los pertenecientes a la Resolución 139 (Industrias).

### 1.3. Referentes ambientales

Para los 432 Planes de Gestión presentados existen 152 personas identificadas como referentes ambientales. Hay consultoras privadas que ofrecen a los grandes generadores una respuesta integral frente a las obligaciones impuestas por las Resoluciones: referente ambiental, planificación, diseño e implementación del Plan de Gestión a la medida de las necesidades del generador, contacto con el OPDS, contratación del transporte y del destino sustentable. También se observan empresas que antes de las Resoluciones sólo realizaban el transporte de residuos, y que ahora sumaron a sus actividades la oferta del referente ambiental y los mismos servicios que ofrecen las consultoras privadas. Si bien la mayoría de los referentes ambientales representan a un único gran generador, existen algunos pocos casos que concentran la representación de un número importante de ellos. El referente ambiental que lidera este conjunto tiene 73 grandes generadores (69 en la Resolución 137 y cuatro en la 138), es decir que se trata del referente ambiental de casi el 17 % de los Planes de Gestión presentados. Le sigue quien es referente ambiental de 29 grandes generadores, todos ellos vinculados a la Resolución 137. Luego hay otro con 22, otro con 19 y más atrás uno con 13. Si se consideran a los cinco referentes ambientales que cumplen ese rol en la mayor cantidad de grandes generadores, ellos concentran poco más del 35 % de los Planes de Gestión presentados.

## 2. LOS DESTINOS SUSTENTABLES

Los recuperadores urbanos agrupados en cooperativas se fueron identificando en Argentina como los encargados de gestionar los residuos reciclables, insertándose como un actor que abarca la generación de empleo, la organización barrial y las problemáticas ambientales (Angélico y Maldovan, 2008)<sup>8</sup>. Las Resoluciones de OPDS constituyen un ejemplo de ello al reconocer explícitamente que los recuperadores urbanos organizados en cooperativas pueden participar como Destinos Sustentables que brindan servicios a los grandes generadores. Para poder tener dicho reconocimiento los interesados deben inscribirse en el Registro de Tecnologías del OPDS (regido por la Resolución núm. 367/10). Con el fin de facilitar la inscripción de las cooperativas de cartoneros a dicho Registro, el OPDS introdujo la Resolución núm. 20/14 que elimina y simplifica los trámites para obtener la habilitación. En efecto, en los considerandos de esta última Resolución se menciona

*Que corresponde efectuar un distingo para las actividades de escasa complejidad como el acopio o almacenamiento transitorio, segregación, acondicionamiento, enfardado, prensado y compactado de los residuos sólidos urbanos, adecuando en esta instancia los requisitos que deben cumplimentarse al inscribir este tipo de tecnologías»... y «Que para dar cumplimiento a lo resuelto y lograr una gestión exitosa las cooperativas de clasificación y recuperación de residuos sólidos urbanos resultan un actor fundamental» (Res. 20/14, nuestro subrayado).*

Si bien las modificaciones incluidas con la Resolución 20/14 no establecen distinciones en relación a los tipos de figuras jurídicas que pueden inscribirse, sino en torno a actividades de *escasa complejidad*, tanto esta modificación como las propias Resoluciones que afectan a los grandes generadores fueron hechas con el claro propósito de beneficiar a las cooperativas de cartoneros. Ello puede advertirse por ejemplo en la letra de las Resoluciones cuando dicen tener el objetivo de:

*«implementar las acciones para maximizar el recupero de los materiales reciclables y/o valorizables, y disminuir el volumen destinado a disposición final, de acuerdo a las definiciones que aquí se establecen, promoviendo la inclusión social y el desarrollo económico de las cooperativas, pues mejoran la productividad marginal e incrementan la masa de trabajadores» (Res. 137/13).*

Sin embargo, dicho propósito no logra plasmarse en los hechos, como se irá viendo a lo largo de este trabajo. En lo que sigue se repasan y analizan algunas dificultades que han tenido las cooperativas ya sea para lograr su habilitación como destino sustentable, o bien para gozar de los beneficios que estipulaban las Resoluciones.

<sup>8</sup> Para un seguimiento cronológico de este proceso puede consultarse (en este orden): SCHAMBER y BORDAGARAY (2017), PAIVA (2008) y SORROCHE (2017).

## 2.1. Dilemas de cobrar por el servicio de recibir

Las Resoluciones fueron muy bienvenidas por los referentes de las cooperativas de recuperadores urbanos ya que las consideraron como un reconocimiento de su rol por parte del OPDS, y como una oportunidad para aumentar sus ingresos. Ya no se trataba sólo de recibir la filantrópica ofrenda de los residuos reciclables de un gran generador, que de ese modo disminuye lo que debería abonar a CEAMSE al disponerlos de acuerdo a la citada Ley 14273 del año 2011, sino que ahora con las Resoluciones tenían la posibilidad de habilitar sus galpones como destinos sustentables y cobrar por todo o parte del servicio brindado (recepción y tratamiento sin dudas, y en ciertos casos también retiro y transporte). En palabras del presidente de una cooperativa de la zona sur del gran Buenos Aires:

*Si vos hacés un acuerdo con un gran generador de las dimensiones de Mc Donalds o Carrefour... va a haber trabajo y se va a generar ingreso de dinero. ¿Cómo no vas a pagar un proceso de reciclado? Si vos como sociedad pagás un proceso de entierro de basura, ¿cómo no vas a pagar un proceso de reciclado? Las empresas y hasta los mismos municipios te quieren pagar dándote basura, no quiere pagar por el servicio de reciclado (Entrevista a Eduardo, 15 de enero de 2016).*

Muchas cooperativas que habilitaron su galpón como destino sustentable acordaron establecer un precio mínimo común por cada servicio brindado (recolección, transporte, recepción y tratamiento). El 27 de febrero de 2014 se realizó un encuentro entre cooperativas, con acompañamiento del Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI), la Universidad Nacional de La Plata y el OPDS donde se acordaron criterios de cálculo para el establecimiento de dicha tarifa. El valor de la tonelada de RSU enterrada en CEAMSE fue utilizado como referencia (Sarandón, 2016:101). No obstante, los acuerdos no fueron cumplidos y muchas cooperativas continuaron recibiendo material sin cobrar. Las argumentaciones surgidas durante las entrevistas con referentes de las mismas dan cuenta de la heterogeneidad de intereses y estrategias existentes entre ellas, y las diferencias existentes en relación a la calidad y cantidad de residuos reciclables provistos por grandes generadores con quienes cada una ha ido construyendo relaciones. Plantear que la recepción gratuita de material comercializable pasara de pronto a constituirse en un servicio que se cobra, implicó para algunas cooperativas el claro riesgo de perder proveedores. Estas disyuntivas se evidenciaron en los reportes de las mesas de trabajo organizadas en el marco de los talleres realizados por las Universidades con las cooperativas del Área Metropolitana de la provincia de Buenos Aires, tal como puede apreciarse en la Tabla 1:

**TABLA 1. REPORTE DE MESAS DE TRABAJO EN EL 1.º ENCUENTRO ENTRE COOPERATIVAS DE RECUPERADORES URBANOS Y UNIVERSIDADES**

<b>Taller de evaluación de la implementación de las Resoluciones de OPDS. UNAJ 3-08-2015 – INFORME TÉCNICO núm. 1</b>	
<b>Mesa 1: información y acceso como destino sustentable</b>	<b>Mesa 2: Contacto y diálogo con grandes generadores</b>
<p>«A pesar de que en el marco de una capacitación promovida desde el OPDS e implementada por INTI se habían establecido criterios para el cobro a los grandes generadores por la prestación del servicio de retiro, no todas las cooperativas respetan dichos criterios, e incluso varias lo realizan de modo gratuito. Esto representa un inconveniente para quienes sí cobran. En este sentido, algunos de los participantes se mostraron a favor de que la OPDS establezca en las Resoluciones las tarifas mínimas que deben cobrarse»... «En varios casos (cooperativa de Villa Itatí) tener la habilitación como Destino Sustentable no representó ningún cambio respecto de situaciones preexistentes. No se sienten ahora en condiciones de exigir el cobro a empresas a las que hasta ahora les retiran en forma gratuita. Tampoco implicó aumentar el número de grandes generadores. En algunos casos, tener la habilitación como Destino Sustentable resultó contraproducente, ya que algunos grandes generadores dejaron de entregarles el material por ese motivo».</p>	<p>«No todas las Cooperativas cobran por el Servicio y esto genera un problema interno entre las Cooperativas. Algunas voces decían que se les hacía muy difícil lograr que el gran generador pague por el servicio, entonces aceptaban igual el trabajo porque les sirve el material. Sigue muy presente la idea de que lo pactado en el Taller de costos es lo que se debe respetar».</p>

Fuente: elaboración propia en base a los diálogos del taller.

Se observó durante ese taller la demanda de las cooperativas más consolidadas para que OPDS intervenga regulando el cobro de los servicios. Los funcionarios y técnicos del OPDS sostuvieron la posición de no mediar sobre los acuerdos que se establecen entre grandes generadores y destinos sustentables. Al ser entrevistado para este trabajo, el encargado del Área de Cooperativas del OPDS manifestó que dicho organismo no puede involucrarse en dichas cuestiones. Si bien reconoció que desde el organismo recomiendan a los grandes generadores elegir a cooperativas como destinos sustentables, sospecha que si además les impusieran la obligatoriedad del pago por los servicios prestados, los grandes generadores preferirían contratar empresas privadas.

## 2.2. Inscripción al Registro de Tecnologías

Más allá de las facilidades que para la inscripción de las cooperativas en el Registro de Tecnologías significó la Resolución núm. 20/14 de OPDS, la realización del trámite de todos modos requiere la presentación de cierta documentación (estatuto, clave única de identificación tributaria –cuit–, domicilio, etc.) acompañada de un informe técnico realizado por un profesional inscripto en el Registro de Profesionales del OPDS (Resolución núm. 195/96). Dicho informe debe dar cuenta de cómo trabaja la cooperativa, cómo son sus instalaciones, qué tipo y qué cantidades de materiales procesan, entre otra información que se le solicita. Este informe es evaluado por el personal del Registro de Tecnologías y una vez aprobado la cooperativa recibe una Disposición firmada por el Director provincial del Residuos del OPDS con la habilitación. Desde el año 2016, con la nueva gestión al frente del OPDS, además de este procedimiento, los técnicos del organismo realizan una visita a la cooperativa para conocer las instalaciones y complementar la evaluación con observaciones in situ (Schamber y Sarandón, 2018). Como indicador de la falta de agilidad de OPDS para poder completar la evaluación de las solicitudes, sirva mencionar que el 9 de mayo del 2017, cooperativas nucleadas en la Federación Argentina de Cartoneros y Recicladores (FACyR) realizaron una marcha hacia la sede del OPDS en la ciudad de La Plata en reclamo de la falta de aprobación de varios expedientes presentados meses atrás (<https://www.lanoticia1.com/noticia/marcha-cartonera-por-la-inclusion-en-la-provincia-de-buenos-aires-92121.html>, vista 11-06-2018). En entrevistas con técnicos del organismo se corroboró que hacia fines de ese mismo año todavía existían 20 expedientes en trámite (presentaciones que fueron evaluadas pero que no fueron aprobadas por falta de información, de alguna firma o por no haber sido aún visitados por los técnicos del OPDS).

## 2.3. Transporte

En el caso específico de la Resolución núm. 139/13 que involucra a los grandes generadores que son industrias<sup>9</sup>, se establece que el vehículo que transporte los residuos debe estar registrado y habilitado de acuerdo a las normas que regulan el transporte de residuos especiales y/o patológicos<sup>10</sup>. Es decir, aunque las industrias generen residuos que no sean especiales y/o patológicos (a los que se suele denominar como «no especiales» o «asimilables a residuos sólidos urbanos»), su transporte debe cumplir los requisitos exigidos como si los fueran. Es decir, aún para el traslado de la fracción reciclable el transporte en estos casos debe cumplir con mayores requisitos que en el caso de los vehículos que trasladan residuos reciclables de los grandes generadores involucrados en las Resoluciones 137 y 138. Es oportuno aclarar que el registro y la habilitación del transporte de los residuos especiales también se realiza en el OPDS, pero es responsabilidad de una dirección distinta a la que tiene injerencia con los RSU (y por lo tanto con las Resoluciones). De este modo, a las empresas transportistas de residuos especiales la Resolución 139 les abrió de manera exclusiva un nuevo mercado, ante cuya oportunidad, adoptaron distintas estrategias. Algunas se inscribieron además como destino sustentable para poder realizar ya no sólo la recolección de reciclables sino también su tratamiento. Incluso varios grandes transportistas generaron instancias de difusión de las Resoluciones junto a autoridades de OPDS en instalaciones de grandes generadores que pasaron a ser sus clientes<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Si bien se desconoce el motivo, actualmente esta Resolución se encuentra en estado de revisión (de hecho no figura en el sitio web de OPDS [http://www.opds.gba.gov.ar/contenido/grandes\\_generadores](http://www.opds.gba.gov.ar/contenido/grandes_generadores) donde sí aparecen las otras dos).

<sup>10</sup> Los Residuos Especiales se encuentran definidos en la Ley núm. 11720/95 de la provincia de Buenos Aires. Los residuos especiales y patogénicos requieren un mayor seguimiento de su traslado por los riesgos ambientales que éstos implican, por lo tanto no pueden ser transportados por cualquier vehículo, sino que debe cumplir ciertas normas y cuidados. Resolución núm. 63/96 Transporte de Residuos Especiales y/o Industriales. Ley Nacional núm. 25612/02.

<sup>11</sup> Como ejemplo, en la página de internet de la empresa Ecoterra (<http://www.ecoterrarecicla.com.ar/eventos>), se exponen fotos algunos de ellos.

Las cooperativas de recuperadores urbanos interesadas en transportar y tratar los residuos reciclables de las industrias también explicitaron esta problemática en oportunidad del taller antes citado:

**TABLA 2. REPORTE DE MESAS DE TRABAJO EN EL 1.º ENCUENTRO ENTRE COOPERATIVAS DE RECUPERADORES URBANOS Y UNIVERSIDADES**

**Taller de evaluación de la implementación de las Resoluciones del OPDS.  
UNAJ 3-08-2015 – INFORME TÉCNICO núm. 1**

**Mesa 3: Transporte e Infraestructura**

«La imposibilidad de adquirir nuevos transportes o mejorar las condiciones de los ya existentes fue un punto en común en la mayoría de las cooperativas. La dificultad para realizar un mantenimiento adecuado, el combustible y los problemas de papeles son los impedimentos más frecuentes. Por este motivo muchas de las cooperativas deben alquilar el transporte a terceros porque no pueden tener sus vehículos propios. Esta situación implica el aumento de sus costos ya que deben abonar a transportistas por el retiro de los materiales. En algunas ocasiones logran conseguir camiones pero son compactadores y no les sirven para llevar a cabo su trabajo porque terminan comprimiendo y contaminando los materiales reciclables. Por lo tanto, el vehículo más apropiado es el camión con caja seca».

*Fuente:* elaboración propia en base a los diálogos del taller.

En la base de datos del OPDS construida con información suministrada por los planes de gestión presentados por los grandes generadores, se pueden identificar 66 transportistas de residuos reciclables, de los cuales más del 75% son empresas privadas mientras que el resto son asociaciones y cooperativas. Si se analiza por tipo de Resolución se observa que las cooperativas y asociaciones tienen mayor presencia como transportistas de los residuos reciclables en los countries y barrios cerrados, lo que corrobora la dificultad mencionada para poder brindar el servicio de transporte a las industrias.

**TABLA 3 TIPOS DE TRANSPORTE DE RECICLABLES SEGÚN TIPO DE GENERADOR**

Tipo de transportista	Núm. de Resoluciones			Total	%
	137	138	139		
Empresa	225	24	46	295	85,5%
Varias empresas	0	2	8	10	2,9%
Coop. y Asociaciones	14	6	10 <sup>12</sup>	30	8,7%
Municipal	8	1	1	10	2,9%
Total	247	33	65	345	100,0%
%	71,6%	9,5%	18,9%	100%	

*Fuente:* elaboración propia sobre base de datos de OPDS.

## 2.4. Municipios

Si bien las Resoluciones fueron dictadas por un organismo provincial, son los municipios los que tienen fundamental injerencia en la gestión de los residuos de sus respectivos distritos. Algunos estudios muestran que las formas de articulación de los municipios con las jurisdicciones superiores (provincia,

<sup>12</sup> Los diez casos registrados abarcan a cinco cooperativas y dos fundaciones, de los cuales solamente una cooperativa cuenta con vehículos propios. Esto hace suponer que el transportista de residuos reciclables consignado en los planes de gestión de los grandes generadores es en realidad el destino sustentable, mientras que el transportista real es una empresa privada, probablemente no habilitada como transportista para grandes generadores industriales.

nación) varían según el área de política y la jurisdicción, y que si bien existe una creciente articulación entre gobierno municipal y gobierno nacional en el área ambiental (donde se suele incluir la gestión de los residuos), cuando esa articulación no existe o es escasa, disminuye la capacidad de implementación de una política pública por parte del gobierno municipal (Alonso, et. al., 2015). En este sentido, pocos municipios acompañaron a las Resoluciones sancionando instrumentos normativos (ordenanzas) que también obligan a los grandes generadores a separar sus residuos y reconocen a las cooperativas como tratadores de los mismos. Se destacan en este sentido los casos de los Municipios de Quilmes (Ordenanza núm. 12554/16), Lomas de Zamora (Ordenanza núm. 16161/17) y Almirante Brown (Ordenanza núm. 10742/16). No obstante, la mayoría de los municipios han sido indiferentes a las mismas y prácticamente no existe coordinación entre los municipios y el OPDS en este tema. Esta situación también fue registrada en el taller:

**TABLA 4. REPORTE DE MESAS DE TRABAJO EN EL 1.º ENCUENTRO ENTRE COOPERATIVAS DE RECUPERADORES URBANOS Y UNIVERSIDADES**

**Taller de evaluación de la implementación de las Resoluciones del OPDS.  
UNAJ 3-08-2015. INFORME TÉCNICO núm. 1**

**Mesa 1: información y acceso como destino sustentable**

«Se destacó la falta de articulación entre OPDS y Municipios para exigir a los grandes generadores radicados en sus jurisdicciones la adecuación y el cumplimiento de las Resoluciones. Esa articulación se consideró necesaria. Además, se instó a que los municipios deben informar a los grandes generadores de todos los destinos sustentables habilitados, y no sugerir a los grandes generadores sólo algunos con los que eventualmente algún agente municipal pueda tener vinculaciones».

*Fuente:* elaboración propia en base a los diálogos del taller.

## 2.5. Certificados

Como no todas las cooperativas lograron inscribirse en el Registro de Tecnologías para actuar como destinos sustentables, se puso en práctica entre ellas un sistema informal de préstamos de los certificados de tratamiento. Esto es, una cooperativa habilitada realiza el certificado electrónico para que otra cooperativa (no habilitada) lo entregue a su cliente. En otro de los encuentros organizados en el marco de los proyectos antes mencionados<sup>13</sup>, varios referentes de cooperativas solicitaron a sus colegas que se sumaran a esta práctica y compartieran la habilitación y los certificados. Si bien la iniciativa fue originalmente avalada por el OPDS para que todas las cooperativas pudieran usufructuar los beneficios de la normativa, de acuerdo a las entrevistas mantenidas con técnicos de OPDS, ello dejó de ser aceptado con el cambio de gestión de diciembre de 2015.

## 3. SOBRE LA RELACIÓN ENTRE GRANDES GENERADORES Y DESTINOS SUSTENTABLES SEGÚN LOS PLANES DE GESTIÓN

A continuación se analizan la relación que han venido estableciendo los grandes generadores y los destinos sustentables, a partir de los datos que surgen de los planes de gestión presentados al OPDS. Además se hará referencia a algunos casos en los que grandes generadores entregan sus residuos reciclables a cooperativas de recuperadores urbanos para su tratamiento, ya sea en el marco de las Resoluciones analizadas como en función de acuerdos establecidos por fuera de las mismas (dado que se refieren a grandes generadores que aún no se encuentran alcanzados por las Resoluciones).

De acuerdo a la información que suministra OPDS en su sitio web, hasta diciembre de 2017 se habían otorgado 38 habilitaciones a destinos sustentables, de los cuales 29 eran cooperativas, siete asociaciones civiles, una fundación y una empresa privada. Ahora bien, al analizar la base de datos Excel suministrada

<sup>13</sup> “Jornadas para el Debate Programático 2016. (Re)Pensar la gestión de residuos reciclables en la Provincia de Buenos Aires. Reciclaje Inclusivo + Economía Circular”, 4 de julio de 2016, Universidad Nacional de Quilmes, Roque Sáenz Peña 352, Bernal.

por el propio OPDS, sólo 13 de esas 29 cooperativas aparecen como destino sustentable en los planes de gestión de los grandes generadores, mientras surgen de allí 17 empresas privadas como destino sustentable (aunque sólo una de ellas estaría habitada como tal). El contraste entre las dos fuentes del OPDS (sitio web y registro en base de datos Excel de los planes de gestión) respecto de los tipos de destinos sustentables se aprecia en la Tabla 5.

**TABLA 5 TIPOS DE DESTINOS SUSTENTABLE SEGÚN FUENTE CONSULTADA**

Tipo de Destinos sustentables							
según sitio web de OPDS				según base de datos Excel de OPDS			
Coop.	Asoc. civiles	Fund.	Empresas privadas	Coop.	Asoc. civiles	Fund.	Empresas privadas
29	7	1	1	13	2	2	17

*Fuente:* elaboración propia sobre base de datos y sitio web OPDS.

Los Planes de Gestión presentados a OPDS por los grandes generadores identifican el destino sustentable que trataría su fracción de residuos reciclable. La Tabla 6 permite apreciar los tipos de figura jurídica de los destinos sustentables identificados en los Planes de Gestión de acuerdo al tipo de Resolución en la que el gran generador se encuentra involucrado.

**TABLA 6: TIPOS DE FIGURA JURÍDICA DE LOS DESTINOS SUSTENTABLES IDENTIFICADOS EN LOS PLANES DE GESTIÓN DE LOS GRANDES GENERADORES PRESENTADOS A OPDS, SEGÚN RESOLUCIÓN A LA QUE PERTENECEN**

Tipo de figura jurídica del destino sustentable	Resoluciones			Total
	137	138	139	
Cooperativa	52	10	8	70
Varias Cooperativas	1	1	1	3
Coop. + Asoc. Civil	4	0	0	4
Coop. + Privado	1	1	0	2
Asoc. Civil	34	1	5	40
Fundación	0	0	1	1
Ceamse	89	8	13	110
Ceamse + Asoc. Civil	22	0	0	22
Ceamse + Asoc. Civil + Coop.	23	0	0	23
Municipal	4	1	1	6
Privado	17	13	27	57
Privado + Coop.	0	0	1	1
Privado + Fundación	0	0	4	4
Casos que no son destinos sustentables	7	0	5	12
No identifica a nadie	39	11	27	77
<b>Total</b>	<b>293</b>	<b>46</b>	<b>93</b>	<b>432</b>

*Fuente:* elaboración propia sobre base de datos de OPDS.

Si bien allí puede advertirse que CEAMSE lidera las preferencias, en realidad la recepción y el tratamiento se haría en algunas de las nueve Plantas Sociales situadas en el Reciparque de CEAMSE, que son gestionadas por distintas cooperativas y asociaciones civiles, aunque sólo una de ellas se encuentra habilitada por OPDS (Álvarez, 2011)<sup>14</sup>. En orden descendente sí se ubican cooperativas, luego privados y finalmente asociaciones civiles. Hay casos que presentan más de un destino sustentable, incluyendo combinaciones entre distintas figuras jurídicas. También puede notarse que las cooperativas y asociaciones civiles predominan entre los grandes generadores involucrados en las Resoluciones 137 y 138, mientras que los privados se afianzan en relación a la Resolución 139. En los planes de gestión que identificaron a cooperativas como destino sustentable se aprecia una importante concentración; de hecho, un solo caso representa el 40%, mientras que el siguiente representa casi el 26%. Es decir que dos cooperativas aparecen como destinos sustentables exclusivos de casi el 66% de los grandes generadores que optaron por dicha figura jurídica.

**TABLA 7: DISTRIBUCIÓN DE DESTINOS SUSTENTABLES QUE SON COOPERATIVAS EN LOS PLANES DE GESTIÓN DE LOS GRANDES GENERADORES SEGÚN LA RESOLUCIÓN A LA QUE PERTENECEN**

Cooperativas	Resoluciones			Total
	137	138	139	
Creando Conciencia	26	1	1	28
Reciclado del Norte	14	2	2	18
Villa Itatí	1	1	0	2
Dignidad Laboral	0	1	2	3
Nuevamente	2	0	0	2
Integrar	5	0	0	5
Cartoneros Platenses	3	2	1	6
Jóvenes en progreso	0	0	1	1
Andresito	1	0	0	1
Álamo	0	1	0	1
Nuevo Rumbo	0	1	0	1
Del Sur	0	1	0	1
Reciclándonos 2	0	0	1	1
<b>Total</b>	<b>52</b>	<b>10</b>	<b>8</b>	<b>70</b>

*Fuente:* elaboración propia sobre base de datos de OPDS.

### 3.1. Algunos casos

Varios de los casos de grandes generadores que entregan sus residuos reciclables a cooperativas se enmarcan en las Resoluciones analizadas, mientras que otros son acuerdos establecidos por fuera de las mismas, como sucede con las Universidades Nacionales. Su consideración pretende ilustrar las modalidades que pueden tener estas relaciones, y en base a su análisis, sugerir orientaciones de modificaciones deseables.

<sup>14</sup> En realidad, CEAMSE no es un destino sustentable y de hecho no figura como tal en el listado del sitio web de OPDS, pero hasta el cambio de gestión de diciembre de 2015, pudo emitir certificaciones por la recepción y tratamiento que hacían las «Plantas Sociales» ubicadas en el RECIPARQUE del Complejo Ambiental Norte III. Desde entonces, son las respectivas organizaciones que gestionan las Plantas Sociales las que deben hacerlo.

### 3.1.1. **Asociación Vecinal Nordelta<sup>15</sup> y Coop. Creando Conciencia (Res. 137)**

La Asociación Vecinal Nordelta y la cooperativa Creando Conciencia trabajan en forma conjunta desde 2010, es decir, con anterioridad al establecimiento de las Resoluciones. Esta cooperativa surgió en el año 2005 promovida por un grupo de vecinos, «con gran preocupación por la disposición final de los residuos sólidos urbanos, por la problemática de los recuperadores urbanos (cartoneros) y por la posibilidad de generar alternativas que enfrenten estas problemática con responsabilidad social y sustentabilidad» según detallan en su página web (<http://www.creandoconciencia.com.ar>). Esta organización brinda empleo a 44 socios (para poder trabajar en la cooperativa primero hay que asociarse a ella), 25 de los cuales están en la planta de separación que tienen en la localidad de Benavidez, mientras que los restantes 19 se dedican a la recolección de los residuos (choferes, corredores, supervisores). En octubre de 2017 las escalas de ingresos iban desde los 8.000 \$ para los que recién ingresaban, hasta cinco veces esa cifra en el caso de los puestos directivos y jerárquicos<sup>16</sup>. Algunos socios perciben ingresos adicionales del sistema de seguridad social gestionados por la Cooperativa, mientras que otros participan de un plus por las ventas de reciclables; y es la cooperativa la encargada del pago del monotributo social y de otras cargas sociales. La cooperativa cuenta con cinco camiones del tipo caja seca (dos grandes y tres medianos), más un camión cola de pato y otro de carga lateral. Además en el galpón tienen cinta transportadora, enfardadora y montacargas.

Creando Conciencia brinda a Nordelta distintos tipos de servicios: retiro de residuos en general con frecuencia de seis veces a la semana, retiro de materiales reciclables tres veces a la semana, retiro de ecopuntos una vez a la semana. A su vez tiene diferentes clientes (distintos a la Asociación) dentro del complejo Nordelta, como la estación de combustibles Petrobras y algunos comercios. En función de lo expresado por su presidente en oportunidad de una entrevista para este trabajo, los ingresos de la cooperativa se conforman en un 80 % por el cobro de los servicios a todos los clientes y en un 20 % por la venta del material reciclable que separan de estos retiros (en promedio 90 toneladas mensuales de distintos materiales). Además de Nordelta, Creando Conciencia tiene otros 15 clientes (otros barrios cerrados y/o countries) y acaba de ganar una licitación como proveedor de servicios para Natura Cosméticos.

### 3.1.2. **Clorox SA., Reciclando Sueños, Consejo Nacional de Investigaciones Científico Tecnológicas (CONICET) (Res. 139/13)**

La Cooperativa Reciclando Sueños se inició en el año 2003 como grupo de trabajo y en el 2008 se formalizó como Cooperativa de provisión de servicios. Realiza la recolección y tratamiento de los residuos reciclables de algunas zonas del municipio de La Matanza y ofrece servicios a grandes generadores. Poseen un galpón de aproximadamente 250 m<sup>2</sup> de superficie, donde tratan distintos materiales. La Cooperativa trabaja en conjunto con un equipo de investigadores del CONICET desde hace ya muchos años (una síntesis de la relación se puede apreciar en <http://www.conicet.gov.ar/reciclando-suenos-valorizacion-de-residuos-e-innovacion-tecnologica-desde-la-base/>). Investigadores y becarios asesoran y acompañan a la Cooperativa para su inscripción como proveedor de Clorox Argentina S. A., una empresa internacional de productos de limpieza para el hogar. A su vez equipos integrados por investigadores y miembros de la cooperativa capacitan a los trabajadores de la empresa sobre la gestión de residuos basada en reciclaje inclusivo. El servicio de retiro del material reciclable y la capacitación es pagado por la empresa como lo hace con cualquier otro proveedor contratado. En el sitio web de la empresa puede leerse:

*Desde hace tres años hacemos foco en una Plataforma de Reciclaje Inclusivo, promoviendo una sinergia entre distintos actores sociales: el **CONICET**, desarrolla contenidos y brinda capacitaciones; la **Cooperativa Reciclando Sueños**, gestiona los residuos de la planta, capacita a empleados y a la comunidad; el **OPDS** (Autoridad ambiental provincial) y el **CARE** (Autoridad ambiental municipal) acompañan e impulsan el proyecto y los empleados de Clorox que forman*

<sup>15</sup> Nordelta en el Municipio de Tigre es un gran emprendimiento inmobiliario de 16 km<sup>2</sup> con 23 Barrios privados en los que habitan más de 30.000 personas (<https://www.nordelta.com/>).

<sup>16</sup> Sirva como referencia que de acuerdo a datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Argentina, en septiembre de 2017 una familia tipo (dos adultos y dos niños de entre 6 y 8 años) necesitó ingresos por 15.451,58 pesos para poder adquirir la cantidad de bienes y servicios que componen la Canasta Básica Total y no caer por debajo de la línea de pobreza.

parte del voluntariado a los colegios de la comunidad (<http://www.clorox.com.ar/sustentabilidad-futuro-limpio.php>).

### 3.1.3. Grupo Newsan y Cooperativa Bella Flor

La Cooperativa Bella Flor es una de las pocas habilitadas como destino sustentable dentro del conjunto de organizaciones que gestionan las Plantas Sociales que se encuentra en el Reciparque del Complejo Ambiental de CEAMSE Norte III. El Grupo Newsan reúne varias marcas que fabrican electrodomésticos (televisores, aires acondicionados, microondas, audios). Desde mediados del año 2016 implementa en su principal sede administrativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) un programa de separación de residuos denominado “Oficina Verde” que consiste en la separación de residuos en cinco fracciones distintas: papel, plástico, aluminio, orgánicos y basura no recuperable. Bella Flor realiza el retiro de los materiales, los transporta y los trata en su Planta Social del Reciparque, pero no cobra por el servicio de tratamiento, como de hecho tampoco lo hacen otras organizaciones situadas en CEAMSE con sus respectivos proveedores, aunque en este caso sí cobran por el servicio de recolección. Para poder acceder a esta relación, la Cooperativa tuvo que cumplir con ciertos requisitos para inscribirse como proveedores de esta empresa. En este sentido, el encargado del área de Sustentabilidad de la misma expresó:

*Trabajamos en un proceso de desarrollo super interesante que duró 3 o 4 meses y en donde tuvimos que ajustar algunas cuestiones que nosotros necesitábamos en nuestros procesos internos, que van por ejemplo desde cómo paga una compañía, que por ahí dista mucho de lo que una cooperativa necesita. Hay procesos más largos o complejos que en el caso de trabajar con una cooperativa necesitamos flexibilizar. Esto fue un aprendizaje interno muy interesante y enriquecedor. Y por el otro lado, ayudar a la cooperativa que pueda desarrollar algunas cuestiones que le permitieran habilitarse como proveedora de Newsan. Por ejemplo, saber que todos los meses tienen que ingresar a una página web y cargar el alta de ART (seguro de riesgo de trabajo) de sus empleados, que constantemente van a estar siendo sometidos a auditorías para comprobar si efectivamente sus empleados están en blanco, que si su horario de retiro es entre las 6:01 y las 6:30 PM y llegan 6:35 PM, el guardia de seguridad no va a apretar el botón para abrirles porque hay un protocolo de seguridad atado a eso. Ayudarlos en la definición de la logística para que el retiro de materiales pueda sumar a otras empresas de la zona y se puedan reducir las emisiones de CO2 asociadas. En fin, un trabajo bien interesante que desarrollamos en conjunto con áreas de gobierno (que se encarga de la articulación público-privada), compras, compliance (conformidad) de la compañía. Todo un trabajito que fuimos desarrollando con ellos para poder tenerlos como proveedores (Germán, responsable de Sustentabilidad Grupo Newsan).*

### 3.1.4. Carrefour, Mc Donald's (Res. núm. 138/13) y varios destinos sustentables

Los 14 hipermercados que Carrefour tiene en el AMBA obtuvieron la aprobación del OPDS de su único Planes de Gestión en el año 2015. La empresa no presentó esta situación como el cumplimiento de una normativa, sino como un «convenio» y como un «acuerdo» entre partes, tal como en su sitio web puede leerse:

*«Estamos muy orgullosos de ser el primer retail en suscribir a este acuerdo que precisa cuales son nuestros procedimientos a la hora de gestionar los residuos que generamos. Este plan lo venimos implementando desde hace más de un año y esta presentación oficial de la mano de OPDS nos da el empuje necesario para seguir implementando acciones que nos posicionen como una empresa ambientalmente responsable, aseguró Javier Potasman, Director del Centro de Compras Indirectas de Carrefour Argentina» (<https://www.carrefour.com.ar/content/OPDS-aprobo-el-plan-de-gestion-de-residuos-propuesto-por-carrefour/>, visto el 29-05-2018)*

Las distintas sedes de este hipermercado tienen diferentes destinos sustentables que recolectan y tratan los residuos. Varios informantes consultados relataron que en los acuerdos entre la empresa y las cooperativas tuvo que mediar el OPDS, dado que inicialmente la empresa se negaba a entregar ciertos

materiales reciclables porque los vendía, a pesar de no estar habilitados para realizar un comercio de este tipo. Como ninguna cooperativa garantizaba capacidad operativa para procesar los residuos de todas las sedes, decidieron compartirlas entre varias. Esta complementariedad entre las cooperativas genera la posibilidad de cubrir territorios extensos y, por sobre todo, que puedan trabajar cooperativas aunque no se encuentren registradas como destinos sustentables, ya que el certificado es emitido sólo por una. La misma complementariedad sucede en el caso de las sucursales de Mc Donald's, donde una cooperativa es la que formalmente figura como destinos sustentables, aunque son varias las que realizan la recolección y el tratamiento de sus residuos. Tal como se indicó más arriba, este tipo de complementariedad entre varias cooperativas no es avalada por el OPDS, aunque tampoco interviene restringiéndola.

### **3.1.5. Universidades Nacionales del Conurbano y cooperativas**

Las Universidades Nacionales quedaron excluidas de las Resoluciones, no obstante lo cual en los últimos años varias han comenzado a llevar a cabo sistemas de separación interna de residuos, y han establecido contacto con cooperativas de recuperadores para el retiro (un primer registro de estas experiencias puede encontrarse en AA.VV, 2016: *Jornada Universidades y Desarrollo Sustentable*). Un indicador de la potencialidad que tiene este tipo de experiencias, es la recientemente creación de la Red de Universidades Argentinas para la Gestión Ambiental y la Inclusión Social (UANGAIS) y en la que se han definido representantes por región (CIN, 2018). A continuación se describen brevemente tres casos y luego se presentan sus características principales en un cuadro.

#### **3.1.5.1. Universidad Nacional de San Martín (UNSAM) y Coop. Reciklandonos II<sup>17</sup>**

En la Secretaría de Extensión de esta Universidad se desarrolla el proyecto ECOUNSAM a través del cual se comenzó a clasificar materiales reciclables en el campus universitario, y luego con el apoyo del Rectorado se creó el más amplio programa UNSAM Sustentable (<http://www.unsam.edu.ar/sustentable>). Desde ese marco institucional se establecieron relaciones con el municipio de San Martín para coordinar el retiro de dicho material y su posterior traslado a una planta de tratamiento correspondiente a la cooperativa Reciklandonos II, que se encuentra habilitada como destino sustentable por el OPDS.

#### **3.1.5.2. Universidad Nacional de Quilmes (UNQ) y Coop. Comandante Andresito**

En la UNQ el Programa Institucional Interdisciplinario de Intervención Socio Ambiental (PIIdISA) estableció un convenio con la cooperativa Comandante Andresito (reconocida como destino sustentable por el OPDS) que comenzó a implementarse en el año 2017, mediante el cual se acordó el retiro de la fracción reciclable generada en uno de los edificios del predio de la Universidad en la localidad de Bernal. La iniciativa se sostiene en el marco de un proyecto de extensión universitaria con financiamiento de la Secretaría de Políticas Universitaria del Ministerio de Educación de la Nación.

#### **3.1.5.3. Universidad Nacional de Lanús (UNLa) y Coop. Cartón y Justicia (CCyJ)**

La Cooperativa Cartón y Justicia (CCyJ) de Lanús comenzó en octubre de 2017 a retirar restos de embalajes y envases del comedor de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa). La cooperativa brinda un servicio diario de recolección selectiva en el centro del municipio de Lanús en función de un acuerdo alcanzado con el propio Municipio, y aprovechando el transporte con el que hacen dicha recolección, también retiran los residuos reciclables de la Universidad. Esta iniciativa forma parte de un proyecto de investigación y transferencia que busca incorporar pautas relativas a la clasificación de los residuos en dicha unidad académica.

A modo de síntesis de ciertos aspectos clave de las experiencias mencionadas, se presenta a continuación la Tabla 8:

<sup>17</sup> Agradecemos la información suministrada por la Lic. España Verrastro de la UNSAM.

**TABLA 8. SÍNTESIS DE LAS EXPERIENCIAS ENTRE UNIVERSIDADES Y COOPERATIVAS DE RU**

Las experiencias tienen aún muy poco tiempo de desarrollo y antigüedad.
La generación de residuos reciclables es irregular, en el sentido en que las cantidades producidas pueden variar mucho con diferencia de pocos días.
Las unidades académicas deben resolver internamente como acercar los materiales depositados en los espacios de separación inicial a los sitios escogidos para la contenerización y el acopio desde donde serán retirados de la institución.
Raramente el servicio es abonado por las universidades, y suele verse subsidiado el transporte por los Municipios.
No suele haber registros de la evolución del peso y la calidad de lo que se retira, en parte debido a que para el aprovechamiento de la logística el material se mezcla con lo proveniente de otras fuentes.

*Fuente:* elaboración propia.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

En la introducción se planteó que la Ley 14273 de grandes generadores que antecedió a las Resoluciones implicaba un beneficio directo hacia CEAMSE y hacia las empresas transportistas, y no guardaba relación con los principios que orientan la valorización de los residuos. Se excluía a los grandes generadores del servicio de recolección municipal para poder cobrarles y responsabilizarlos por los costos del transporte y la disposición de sus residuos, beneficiando a transportistas privados y al CEAMSE. Las Resoluciones, por el contrario, propician en los grandes generadores la separación en origen de los RSU y fomentan el reciclaje, y además abren un escenario de oportunidades para que las cooperativas de recuperadores urbanos participen como oferentes de los servicios. Sin embargo, analizando algunos resultados vinculados a su implementación, se notan nuevamente beneficios a las empresas transportistas (especialmente en lo relacionado a la Resolución 139), y a la CEAMSE (como principal receptor en sus Plantas Sociales de los residuos reciclables).

Las cooperativas de recuperadores urbanos de la provincia de Buenos Aires se encuentran en distintas condiciones en su proceso de formalización y organización, así como presentan situaciones heterogéneas en cuanto a equipamiento e infraestructura. Ello establece diferencias importantes respecto a la posibilidad real de participar de forma más o menos inmediata de las oportunidades que ofrecen las Resoluciones que fueron objeto de análisis. En el caso de los grandes generadores, se desconoce el universo de quienes se encontrarían involucrados. Para aquellos que obtuvieron la aprobación de su respectivo plan de gestión (una mínima porción de los que lo presentaron) la contratación como destino sustentable de cooperativas en lugar de empresas privadas, algo que OPDS recomienda cuando recibe consultas, requiere esfuerzos adicionales para el cumplimiento de los requisitos establecidos a cualquier proveedor de servicios, y no todos los grandes generadores consideran que esa relación repercute positivamente en la valoración social de la empresa. Las cooperativas suelen presentar variados inconvenientes a la hora de cumplir los estándares que reclaman los grandes generadores, ya sea en cuestiones formales de su personal (uniforme, conducta, seguros) como en aspectos que hacen al servicio (cumplimiento de horarios, regularidad, trazabilidad, confección y entrega de certificación). La antigüedad y condiciones en que se encuentran los vehículos (propios o cedidos por Municipios) también puede ser un elemento que incumpla requisitos del gran generador. Como pudo notarse, ni la presentación de planes de gestión por parte de los grandes generadores implica el cumplimiento de las Resoluciones, ni la habilitación como destino sustentable asegura conseguir clientes. Se advierte en muchos grandes generadores resistencia al pago por el servicio que ofrecen los destinos sustentables que son cooperativas, pero también consentimiento de algunas en que dicha situación continúe dándose. Las entregas gratuitas de residuos reciclables previas a las Resoluciones son argumentaciones que de uno y otro lado justifican esos casos. El OPDS rehúye la demanda de un sector de las cooperativas que plantean exigir el pago por servicios de tratamiento.

Los casos analizados permiten observar la importancia de que exista buena voluntad por parte del gran generador (Clorox y Newsan) o acompañamiento por parte de instancias estatales (CONICET, Universidades, Municipios y el propio OPDS) para que las cooperativas puedan competir como prestadoras de servicios. Sin este acompañamiento para su formalización y la vocación por la profesionalización según

estándares requeridos por los grandes generadores para cualquier proveedor de servicios, las cooperativas enfrentan muchísimas dificultades para conseguir clientes entre los grandes generadores y para poder cobrar por el servicio de retiro y tratamiento de los residuos.

La posibilidad de brindar servicios a quienes tienen la obligación de contratarlos fue interpretada como una beneficiosa coyuntura que traían las Resoluciones para las cooperativas, aunque ello no evitó manifestaciones de temor frente a la eventualidad de la competencia con empresas privadas dotadas inicialmente de mayores ventajas. Temor fundado no sólo en el hecho de que varias consultoras ambientales y empresas transportistas incluyeran también en su oferta a los grandes generadores el tratamiento de los residuos al inscribirse como destinos sustentables, sino porque al ser más simple la inscripción en el Registro de Tecnologías para cooperativas y asociaciones civiles, muchos prestadores privados eligieron esa figura jurídica para identificarse. Además el OPDS fue incorporando requisitos adicionales para las cooperativas antes de proceder al dictamen respecto de su habilitación (las visitas de inspección técnica in situ), mientras que la obligatoriedad relacionada con la presentación anual de planes de gestión a la que están compelidos los grandes generadores ha quedado soslayada. En efecto, el OPDS centró sus esfuerzos en realizar visitas técnicas a las cooperativas e inspeccionar su propuesta de trabajo como destinos sustentables, mientras que existe un gran número de grandes generadores que jamás presentó planes de gestión, y entre quienes los presentaron, sólo logró aprobación el 5 %.

Es cierto que varios referentes de cooperativas han reconocido que el OPDS recomienda a los grandes generadores que se vinculen con ellas en tanto destinos sustentables, pero el análisis realizado sobre la base de datos construida con los planes de gestión presentados demuestra que dichas recomendaciones no fueron tenidas muy en cuenta. Asimismo también se han evidenciado eventos en los que OPDS ha participado divulgando las Resoluciones en instalaciones de grandes generadores acompañando a prestadores de servicio de retiro, transporte y tratamiento provenientes del sector privado.

A cuatro años de la existencia de las Resoluciones, la adhesión por parte de los grandes generadores involucrados fue escasa y en muchos casos no reconocida como el cumplimiento de una normativa estatal sino presentada como una estrategia de sustentabilidad de la propia empresa. Más allá de algunas cartas documento enviadas por OPDS al inicio del período analizado, no hubo casos de sanción a grandes generadores incumplidores. Simultáneamente, pareciera notarse sin embargo un mayor esfuerzo fiscalizador hacia las cooperativas antes y después de otorgarles la habilitación como destinos sustentables. Ello pone en duda el desempeño del OPDS como promotor del reciclado con inclusión social, ya que la complejidad de los actores involucrados, cuyas lógicas difieren mucho entre sí, hace que no sea suficiente la sola sanción de una normativa con espíritu inclusivo, sino que es necesario un acompañamiento más profundo y ejercicio de control de que sean los grandes generadores privados quienes principalmente cumplan con su obligación. Si bien quienes tienen mayores clientes entre los grandes generadores son cooperativas en comparación con empresas privadas, esto no quiere decir que las Resoluciones hayan sido exitosas para la inclusión social de los recuperadores urbanos asociados a ellas. De hecho, de las 29 cooperativas y siete asociaciones civiles habilitados como destinos sustentables registrados en el OPDS, sólo 13 consiguieron como clientes a grandes generadores.

Con la sanción de las Resoluciones se creó un espacio de diálogo entre las partes involucradas (OPDS, grandes generadores, destinos sustentables) que consistía en reuniones periódicas, pero las mismas se han venido diluyendo y han perdido regularidad. Ese espacio fue mencionado por varios entrevistados como un ámbito indispensable para procurar mejoras en la implementación de las Resoluciones. Los talleres organizados desde proyectos universitarios de investigación y transferencia cuyos informes y registros se emplearon como fuente, tuvieron el mismo reconocimiento. Esperamos que este trabajo sea también un renovado aporte en tal sentido.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV (2016): *Jornada Universidades y Desarrollo Sustentable. Maestría y Especialización en Ambiente y Desarrollo Sustentable. La letra del Encuentro, Intercambios*. Secretaría de Posgrado Universidad Nacional de Quilmes. 1.ª edición, mayo de 2016. Edición electrónica en PDF, 210 págs., 13 mb. Disponible para descarga: <http://posgrado.blog.unq.edu.ar/> y [https://issuu.com/posgradounq/docs/ambiente\\_63f1ebc3e21ce5](https://issuu.com/posgradounq/docs/ambiente_63f1ebc3e21ce5).
- AA.VV (2016): *Informe técnico núm. 1, Proyecto UNAJ SPU 4663/14 núm. 001-107* (mimeo).
- AA.VV (2016): *Jornada de debate con cooperativas de cartoneros y recuperadores. Maestría y Especialización en Ambiente y Desarrollo Sustentable. La letra del Encuentro, Intercambios*. Secretaría de Posgrado Universidad

- Nacional de Quilmes. 1.ª edición, Abril. Edición electrónica en PDF, 90 págs., 1,81 mb. Disponible en web: <http://posgrado.blog.unq.edu.ar/> y <https://issuu.com/posgradounq/docs/ambiente>.
- AGUILAR VILLANUEVA, L. (1993): "Estudio introductorio", en AGUILAR VILLANUEVA, L. (ed.): *La implementación de las políticas*. México D. F.: Miguel Ángel Porrúa.
- AGUILAR VILLANUEVA, L. (1996): "Estudio introductorio", en AGUILAR VILLANUEVA, L. (ed.): *Problemas públicos y agenda de gobierno*. México D. F.: Miguel Ángel Porrúa.
- ALONSO, G., GUTIÉRREZ, R. y MERLINSKY, G. (2016): "Federalismo y políticas municipales en la Región Metropolitana de Buenos Aires. Los desafíos de articulación interjurisdiccional en dos casos de estudio (Avellaneda y San Martín)", en *Gestión y Política Pública*, vol. XXV, núm. 2, págs. 483-523. Disponible en web: <http://www.redalyc.org/jatsRepo/133/13346618004/index.html>.
- ÁLVAREZ, R. N. (2011): *La basura es lo más rico que hay. Relaciones políticas en el terreno de la basura. El caso de los quemeros y los emprendimientos sociales en el relleno Norte III del CEAMSE*. Buenos Aires: Editorial Dunken.
- ANGÉLICO, H. y MALDOVAN, J. (2008): "El reciclaje de residuos sólidos urbanos: las cooperativas como un actor diferenciado en el circuito productivo", en *Revista de la Cooperación Internacional*, vol. 41, núm. 2, págs. 79-107.
- BUSSO, M. (2004): *Los trabajadores informales y sus formas de organización colectiva. Un estudio en ferias de la Ciudad de La Plata* [Tesis de Maestría]. Buenos Aires (inédito).
- CONSEJO INTERUNIVERSITARIO NACIONAL (2018): "Gestión de residuos", en *Revista Actualidad Universitaria*, Año XVII, núm. 76 "Te quiero verde", noviembre-diciembre, págs. 4-11.
- DIMARCO, S. (2010): *Entre el trabajo y la basura: socio-historia de la clasificación de residuos en la Ciudad de Buenos Aires (1870-2005)* [Tesis del Doctorado en Ciencias Sociales], Universidad de Buenos Aires (inédito).
- GORBAN, D. (2005): *Formas de organización y espacio. Reflexiones alrededor del caso de los trabajadores cartoneros de José León Suárez* [Tesis de Maestría]. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales (inédita).
- MALDOVAN BONELLI, J. (2017): *Del trabajo autónomo a la autonomía de las organizaciones. La construcción de asociatividad en las cooperativas de recuperadores urbanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2007-2012)*. Buenos Aires: Editorial Teseo. Disponible en web: <https://www.editorialteseo.com/archivos/15241/del-trabajo-autonomo-a-la-autonomia-de-las-organizaciones/>.
- MOLINA, N. (2017): *Los intermediarios de materiales reciclables. Dimensiones de su rol en el subsistema de reciclaje de Quilmes* [Tesis de Maestría en Ambiente y Desarrollo Sustentable]. Universidad Nacional de Quilmes (inédito).
- OSZLAK, O. y O'DONNELL, G. (1981): "Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación", en *REDES*, núm. 4, septiembre de 1995, págs. 98-128.
- PAIVA, V. (2008): *Cartoneros y cooperativas de recuperadores. Una mirada sobre la recolección informal*. Buenos Aires: Prometeo.
- PERELMAN, M. (2010): *El cirujeo en la Ciudad de Buenos Aires. Etnografía de la supervivencia* [Tesis doctoral]. UBA, Facultad de Filosofía y Letras, (inédito).
- REGONINI, G. (1990-1991): "El estudio de las políticas públicas", en *Revista de Documentación Administrativa* (1958-2005), núms. 224-225, págs. 59-88. Disponible en web: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5206&path%5B%5D=5260>. DOI: 10.24965/da.v0i224-225.5206.
- SARANDÓN, F. (2016): *La construcción de la relación entre las Cooperativas de Recuperadores Urbanos y el Estado provincial en la implementación de la política de Gestión diferenciada de Residuos Sólidos Urbanos de grandes generadores (2013-2014)* [Tesina de grado para la obtención de la Licenciatura en Sociología]. Universidad Nacional de La Plata (inédito).
- SCHAMBER, P. y SARANDÓN, F. (2018): *GUIA 1: ¿Cómo ser un destino sustentable reconocido por el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) de la Provincia de Buenos Aires?* Disponible en web: [http://programasocioambiental.blog.unq.edu.ar/wp-content/uploaDestinos\\_Sustentables/sites/4/2018/04/Gui%CC%81a-01-v.2.pdf](http://programasocioambiental.blog.unq.edu.ar/wp-content/uploaDestinos_Sustentables/sites/4/2018/04/Gui%CC%81a-01-v.2.pdf).
- SCHAMBER, P. y SUÁREZ, F. (comp.) (2007): *Recicloscopio I. Miradas sobre recolectores urbanos de residuos en América Latina*. Buenos Aires: Editorial de la UNLA/UNGS/Promoteo.
- SCHAMBER, P. y SUÁREZ, F. (comp.) (2011): *Recicloscopio III. Miradas sobre recolectores urbanos, formas organizativas y circuitos de valorización de residuos en América Latina*. Buenos Aires: Editorial CICCUS/ UNLA/UNGS.
- SCHAMBER, P. J. y BORDAGARAY, M. E. (2017): "Notas acerca de la experiencia del centro de acopio de residuos reciclables (AMBA 1999-2006)", en *Revista de Ciencias Sociales*, segunda época, año 8, núm. 31, Otoño 2017, publicación semestral, págs. 157-177. Disponible en web: <http://www.unq.edu.ar/catalogo/408-revista-de-ciencias-sociales-n-31.php>.
- SCHAMBER, P. J. (2008): *De los desechos a las mercancías. Etnografía de los cartoneros*. Buenos Aires: SB.
- SHAMMAH, C. (2009): *El circuito informal de los residuos. Los basurales a cielo abierto*. Buenos Aires: Espacio.
- SORROCHE, S. (2017): "Experiencias replicables. Análisis de las vinculaciones entre cooperativas de cartoneros, agencias estatales y ONG en el Gran Buenos Aires", en *Revista de Estudios Sociales*, núm. 61. Disponible en web <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/abs/10.7440/res61.2017.05>. DOI: 10.7440/res61.2017.05.
- SORROCHE, S. (2016): *Gubernamentalidad global y vernaculización en la gestión de residuos. Análisis etnográfico desde la experiencia de cooperativas de cartoneros en el Gran Buenos Aires* [Tesis Doc.]. UBA, Fac. Filosofía y Letras, (inédito).

- SUÁREZ, F. y SCHAMBER, P. (comp.) (2011): *Recicloscopio II. Miradas sobre recolectores urbanos, políticas públicas y subjetividades en América Latina*. Buenos Aires: CiCCUS/UNLA/UNGS.
- SUÁREZ, F. y SCHAMBER, P. (comp.) (2015): *Recicloscopio IV. Miradas sobre dinámicas de gestión de residuos y organización de recuperadores*. Buenos Aires: Editorial UNLA/UNGS.
- SUÁREZ, F. M. (1998): *Que las recojan y las tiren afuera. Historia de la gestión de residuos sólidos (las basuras) en Buenos Aires*. Documento de Trabajo núm. 8. Los Polvorines: UNGS.
- SUÁREZ, F. M. (2003): *Actores sociales de la gestión de los residuos sólidos de los municipios de Malvinas Argentinas y José C. Paz* [Tesis de maestría en Políticas Ambientales y Territoriales], Universidad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras (inédito).
- SUÁREZ, F. M. (2014): *Las tramas del cartón. Trabajo y familia en los sectores populares del Gran Buenos Aires*. Buenos Aires: Editorial Gorla. Colección Etnografía de los sectores populares.
- SUÁREZ, F. M. (2016): *La Reina del Plata. Buenos Aires: sociedad y residuos*. Los Polvorines: Ediciones UNGS.
- SUBIRATS, J. (1994): *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- TAMAYO SÁEZ, M. (1997): "El análisis de las políticas públicas", en BAÑÓN, R. y CARRILLO, E.: *La nueva Administración Pública*. Madrid: Alianza Universidad.
- VILLANOVA, N. (2015): *Cirujas, cartoneros y empresarios. La población sobrante como base de la industria papelera (Buenos Aires, 1989-2012)*. Buenos Aires: CEICS-Ediciones ryr.

## NORMATIVA DE REFERENCIA

*Ley 25916/04 de Gestión de residuos domiciliarios.*

*Ley 11459/93 de residuos industriales de la Provincia de Buenos Aires.*

*Ley 11723/95 Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de la Provincia de Buenos Aires.*

*Ley núm. 13592/06 "Gestión de Residuos Sólidos Urbanos" de la Provincia de Buenos Aires.*

*Ley núm. 14273/11 de grandes generadores de residuos de la Provincia de Buenos Aires.*

*Resolución núm. 367/10 "Registro de Tecnologías" del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible de la Provincia de Buenos Aires.*

*Resolución núm. 137/13 "Plan de Gestión de Residuos Sólidos Urbanos para Clubes de Campo y Barrios Cerrados" del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible de la Provincia de Buenos Aires.*

*Resolución núm. 138/13 de grandes generadores de residuos del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible de la Provincia de Buenos Aires.*

*Resolución núm. 138/13 sobre Industrias del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible de la Provincia de Buenos Aires.*

*Resolución núm. 20/14 "Modifica el Artículo 6.º de la Resolución núm. 367/10" del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible de la Provincia de Buenos Aires.*

*Ordenanza núm. 12554/16 del municipio de Quilmes.*