

Subrogación empresarial y mantenimiento de la unidad esencial del vínculo en supuestos de desistimiento voluntario de la persona trabajadora.

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *En los supuestos de subrogación empresarial, no se quiebra la unidad del vínculo por el hecho de que haya habido una baja voluntaria de la persona trabajadora en un nexo pretérito, seguida a los pocos días de una nueva contratación laboral (por distinta empresa) para el mismo puesto de trabajo.*

Palabras clave: *Subrogación empresarial. Antigüedad. Indemnización por despido. Unidad esencial del vínculo. Dimisión.*

Abstract: *In situations of subrogation company, the unity of the relationship is not broken by the fact that the worker has voluntarily left a previous contract, followed a few days later by a new recruitment (by a different company) for the same job.*

Keywords: *Subrogation of company. Long service. Compensation for termination of contract. Essential unity of the relationship. Voluntary dismissal.*

I. Introducción

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^[1]. Bajo tal premisa, “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”^[2].

Teniendo en cuenta que estas fórmulas, al evitar el reclutamiento directo de efectivos, conllevan 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, no puede extrañar que su utilización se haya incrementado exponencialmente en los últimos años, máxime cuando las posibilidades de externalización se muestran generosas y con perfiles borrosos, pues únicamente quedan vetados a la “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 ejercitar facultades de autotutela^[3].

La propia limitación temporal de los contratos administrativos ha comportado, antes de la reforma de 2021, que los trabajadores al servicio del empresario adjudicatario fueran reclutados través de tipologías contractuales de duración determinada, normalmente a través de actualmente derogado contrato por obra o servicio, de manera que mediante el recurso a este fenómeno se ha asistido 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”^[4].

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), incorpora algunas previsiones legales que tratan de proteger el régimen laboral de los trabajadores afectados ante la frecuente novación del contratista o concesionario. En concreto, el art. 130 LCSP prevé la obligación de subrogación del nuevo adjudicatario frente a los trabajadores de la anterior cuando esta derive, bien “de una norma legal” (esto es, porque concurren los requisitos del art. 44 ET que requiere que lo transmitido sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado, esto es, con los mismos elementos patrimoniales, infraestructuras, recursos o equipamientos disponibles por la empresa anterior), o bien de “un convenio colectivo”.

Siendo claros estos extremos, en los supuestos en que procede la subrogación, tampoco cabe ocultar que el empresario adquirente puede utilizar las vías de los arts. 51 y 52 c) ET si se dieran las causas para ello, asegurando únicamente a la persona trabajadora una indemnización en cuantía de 20 días de salario por año de servicio. Ante esta realidad, surge la duda de si a la hora de calcular la indemnización por despido objetivo o colectivo debe contarse toda la antigüedad del trabajador con independencia de las interrupciones en sus vínculos contractuales o, si por el contrario, los paréntesis debidos a decisiones voluntarias del trabajador rompen la secuencia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: 71/2022 26/01/2022

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación para la unificación de la doctrina 4359/2019

ECLI:ES:TS:2022:289

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro

Votos Particulares: no existen votos particulares

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El presente pronunciamiento resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina precedido por los siguientes hitos:

El juzgado de lo Social número 7 de Madrid, en sentencia de 28 de noviembre de 2018, declara improcedente el despido de un empleado, contratado por la empresa Imesapi bajo la modalidad de obra o servicio vinculado a la duración de una contrata de gestión integral de servicios complementarios de los centros culturales del Ayuntamiento de Madrid adscritos a un determinado distrito geográfico. Dicha persona trabajadora y otros ocho compañeros prestaban servicios como auxiliares de información, atención al público y control de entradas.

Con fecha 28 de abril de 2018, Integra Centro Especial de Empleo comenzó a presar dicho servicio, subrogándose en el contrato de trabajo de los tres trabajadores

adscritos al servicio que se regían por el Convenio Colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad por contener disposiciones subrogatorias, pero rechazó el de los seis (incluida la parte actora) que se regían por el Convenio de oficinas y despachos por no contener ninguna disposición al efecto.

Con fecha 26 de abril de 2018, Imesapi extinguió la relación laboral del demandante, con efectos desde esa data, por haber finalizado la contrata abonando una indemnización de 253,99 euros, equivalente a la cantidad de 12 días de salario por año trabajado.

Con anterioridad, el actor realizó las mismas funciones por cuenta de otra empresa contratista (Climatización Díaz Blasco Solo Aire SL), causando baja voluntaria en dicha mercantil el 16 de mayo de 2017, incorporándose a Imesapi el día 5 de junio de 2017, realizando las mismas funciones y con igual categoría mediante un contrato para obra o servicio vinculado a la nueva contrata. En dicho contrato se indicaba que el convenio colectivo aplicable era el de oficinas y despachos de Madrid.

La sentencia del juzgado de lo Social condena a Integra a que, a su elección, opte por la readmisión de la persona trabajadora en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar o le indemnice con la suma de 879,45 euros, absolviendo a Imesapi y a Climatización Díaz, de manera que la parte actora una vez que Integra haya cumplido el fallo debe devolver a Imesapi la suma de 253,99 euros.

En consecuencia, el órgano judicial de instancia entiende que procede la subrogación de Integra por entender que dicha obligación se desprendía de varias circunstancias: del pliego de prescripciones técnicas, de la aplicación de la doctrina de la “sucesión de plantillas”, dada la transmisión de seis de los nueve contratos existentes, así como de la efectiva transmisión de una unidad productiva autónoma exigida por el art. 44 ET, como es el equipo de atención e información al público.

Este pronunciamiento fue objeto de recurso de suplicación, que fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2019, que ratifica la sentencia de instancia en todos sus términos, añadiendo las dos aclaraciones fácticas siguientes: una, según el art. 130 LCSP, el pliego de prescripciones técnicas debe informar de las condiciones de trabajo de los empleados adscritos a una contrata pero no puede imponer la subrogación; otra, como estamos ante una actividad donde lo relevante es la mano de obra, si se asume una parte esencial (en términos de número y de competencias) del personal se produce la subrogación, circunstancia que ha concurrido en el presente caso, pues en tres de las seis personas adscritas a la contrata se ha producido la subrogación^[5].

Frente a esta última resolución se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se discute únicamente si la indemnización por despido improcedente debe tomar en cuenta el período de servicios prestados para un contratista pretérito cuando el contrato laboral con dicha empresa finalizó en su día por dimisión voluntaria del trabajador.

IV. Posición de las partes

Por un lado, la parte trabajadora interesa que se mantenga la existencia de subrogación y la consideración del despido como improcedente, pero condenando al abono de una indemnización por importe de 2213,14 euros por aplicar la doctrina de la unidad esencial del vínculo, es decir, computando la antigüedad desde el primer contrato con independencia de las interrupciones entre los sucesivos nexos contractuales.

Aporta como sentencia referencial la STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2019 (rec 288/2019), donde se enjuicia también un despido de una trabajadora de Imesapi, con antigüedad desde 5 de junio de 2017 y categoría de botones, con contrato temporal de obra o servicio, que prestaba servicios en los mismos centros culturales del

Ayuntamiento de Madrid y que también fue despedida el 26 de abril de 2018, al hacerse cargo del servicio la codemandada Integra. La sentencia de instancia declara la improcedencia del despido, condenando a Integra. Y ello porque considera que ha existido sucesión empresarial por transmisión de una unidad productiva autónoma, sin que la inexistencia de obligación subrogatoria derivada del pliego de condiciones de la contratación o del convenio colectivo obste a ello, dado que la obligación subrogatoria deriva del art. 44 ET, ya que la nueva contratación administrativa ha ido acompañada de la cesión de los medios materiales, propiedad del Ayuntamiento, necesarios para la prestación del servicio. Bajo tal razonamiento, reconoce además la antigüedad de la actora extendida a todo el tiempo de prestación de servicios, incluyendo los realizados para la codemandada Climatización Díaz Blasco al existir unidad del vínculo contractual.

Por otro, la empresa Integra argumenta la ruptura de la unidad esencial del vínculo cuando media dimisión voluntaria del trabajador.

En fin, la empresa Imesapi se opone al recurso, alegando su absolución desde el inicio de las actuaciones, entendiéndose que ni siquiera el éxito del recurso podría acarrear su condena.

Como fácilmente puede comprobarse, el debate no se centra en la existencia de una transmisión de empresa que se da por supuesta, sino en el alcance de la unidad sustancial del vínculo.

V. Normativa aplicable al caso

Las normas barajadas en el presente supuesto son las siguientes:

El art. 44.2 ET, en virtud del cual “se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”.

El art. 130.1 LCSP, conforme al cual “cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo”.

El art. 44.1 ET, que prevé que “el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo no se detiene en valorar si efectivamente ha existido o no subrogación empresarial, pues ello no ha sido objeto de controversia, sino en interpretar el concepto “interrupción significativa” a los efectos de enjuiciar las posibles quiebras de la unidad esencial del vínculo, entendido este último concepto como carrera profesional de quien presta sus servicios de manera intermitente, máxime cuando la experiencia profesional y habilidades propias del desempleo del puesto de trabajo son aprovechadas cada vez que se reinicia la prestación de servicios aunque formalmente se materialice a través de una nueva contratación.

Acudiendo a la doctrina vertida por el Alto Tribunal en pronunciamientos anteriores en los que nunca ha atendido a la causa por la que finaliza un contrato o las razones por las que se concluye otro posteriormente, llega a la conclusión de que lo relevante es la sensación de continuidad de la prestación de servicios, aunque existan períodos intermedios.

Por lo tanto, la renuncia voluntaria manifestada en un contrato pretérito se explica por la inmediatez con la que la persona trabajadora va a ser contratada por la nueva empresa, no en vano dimite libremente el 16 de mayo y se incorpora el 5 de junio. Ello sin olvidar que dicha dimisión surge justo cuando va a finalizar el período de contrata adjudicado a una mercantil y a comenzar su desempeño por una tercera empresa, lo cual es indicio de que la persona trabajadora no buscaba desligarse de su ocupación sino de facilitar su contratación, de manera que debe reconocerse todo el caudal profesional acumulado en la prestación de los servicios. La subrogación empresarial es, pues, el elemento nuclear para considerar que no ha quebrado la unidad esencial del vínculo.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo entiende que no quiebra la unidad del vínculo por el hecho de que haya habido una baja voluntaria, seguida a los pocos días de una nueva contratación laboral (por distinta empresa subrogada), para el mismo puesto de trabajo. La existencia de una transmisión de empresa, con la consiguiente subrogación está en la base de tal conclusión.

Estima, por tanto, el recurso de la persona trabajadora, revocando parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social y declarando que la indemnización por despido, alternativa a la readmisión, ha de establecerse en la indiscutida cifra de 2213,14 euros, al tomar en cuenta como período de prestación de servicios todo el desarrollado en el ámbito de las sucesivas contrataciones y no sólo el iniciado a partir del 5 de junio de 2017.

VIII. Pasajes decisivos

El acertado razonamiento del Tribunal Supremo puede resumirse en los siguientes extremos:

En primer lugar, entiende que concurre la contradicción necesaria entre la Sentencia recurrida y la Sentencia referencial presentada porque aun existiendo identidad sustancial los pronunciamientos son parcialmente discrepantes.

Ambas enjuician y resuelven idénticas pretensiones de despido, formuladas frente a las mismas empresas por trabajadoras con las mismas categorías y circunstancias contractuales. En los dos casos se trata de botones que prestan servicios para Imesapi vinculados a la contrata suscrita con el Ayuntamiento de Madrid para llevar a cabo servicios de información, atención al público y control de entradas en los mismos centros culturales del Ayuntamiento. Se trata, por tanto, de las mismas empleadoras respecto de personas trabajadoras con las mismas categorías y circunstancias contractuales. Es más, aunque basadas en un fundamento distinto, ambas resoluciones entienden que opera el mecanismo de subrogación con los efectos propios del art. 44 ET. La sentencia recurrida se basa en el criterio de asunción de una parte relevante de la plantilla. La referencial entiende que lo decisivo es la transmisión de la infraestructura productiva. Ahora bien, la discrepancia radica en cuanto al cómputo de la antigüedad desde el primer contrato suscrito, que fue extinguido por voluntad del trabajador, pues la sentencia recurrida considera que dicha dimisión impide apreciar la unidad del vínculo, mientras la de contraste mantiene la decisión contraria.

En segundo término, con apoyo en la Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2016 (rec. 310/2015), de 21 de septiembre de 2017 (rec. 2764/2015) y de 6 de octubre de 2021 (rec. 984/2021), se entiende que “en los supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad..., lo que comporta que se haya quitado valor con

carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero también a interrupciones superiores a treinta días, cuando tales interrupciones no son significativas dadas las circunstancias del caso a efectos de romper la continuidad de la relación laboral existente)”.

En tercer lugar, en el caso de que haya habido fraude, observando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 4 de julio de 2006 (asunto Adeneler), seguida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2016 (rec. 310/2015), de 7 de junio de 2017 (rec. 113/2015 y 1400/2016) y de 21 de septiembre de 2017 (rec. 2764/2015), el Alto Tribunal entiende que deviene necesario aplicar “un criterio más relajado –con mayor amplitud temporal—en la valoración del plazo que debe entenderse significativo como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora”.

En conclusión, ninguna de las referencias anteriores atienden a la causa por la que finaliza un contrato o a las razones por las que se concluye otro posteriormente, sino que lo relevante es la sensación de continuidad de la prestación de servicios aunque existan períodos intermedios.

En el presente caso, el paréntesis voluntario en el contrato pretérito no sólo es de escasa relevancia (del 16 de mayo al 5 de junio) sino que la actuación de la persona trabajadora pretendió facilitar su recontractación en un proceso de subrogación empresarial, de suerte que debe computarse todo el caudal profesional acumulado en la prestación de sus servicios. Es, pues, la subrogación empresarial el factor desencadenante del mantenimiento de la unidad esencial del vínculo, traducido en el cómputo de la antigüedad desde el inicio de la primera relación laboral a los efectos de calcular una indemnización por despido en un supuesto de sucesión de contratatas.

IX. Comentario

Cierto es que, en una primera aproximación, la terminación de una contrata o subcontrata abre la vía para proceder a las oportunas extinciones contractuales a través de los cauces de los despidos objetivos o colectivos [art. 52.1 c) o art. 51 ET] o de fuerza mayor [art. 51.7 ET]. Ahora bien, estas opciones extintivas quedan, sin embargo, vetadas cuando procediera la subrogación de un nuevo empresario en la posición del anterior, esto es, cuando fuera obligatoria la asunción por la empresa entrante de las obligaciones laborales preexistentes a la luz del principio de estabilidad en el empleo por el que apuesta el art. 44 ET, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Aun cuando en el presente caso no se discute la existencia de subrogación que se da por supuesta, procede aclarar los términos en los que esta se tendría que producir.

1. Obligaciones de subrogación a la luz de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

La garantía de la permanencia de los vínculos laborales ante la novación de quien asume la posición de empresario es un principio basilar del *ius Laborum*. Estas mismas premisas inspiran la regulación incorporada a la LCSP, cuyo art. 130.1 prevé la obligación de subrogación cuando esta derive “de una norma legal” o de “un convenio colectivo de eficacia general”. Dos son, pues, los canales de los que deriva tal obligación de subrogación, a saber:

1.- En primer lugar, la referencia a “una norma legal” va unida, como no podía ser de otra manera, al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 44 ET, que requiere que lo transmitido sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado, esto es, con los mismos elementos patrimoniales, infraestructuras, recursos o equipamientos disponibles por la empresa

anterior. Esto es, si el nuevo empresario recibe los activos materiales e inmateriales^[6] utilizados por el precedente opera el mecanismo de subrogación previsto en el art. 44 ET y ello con independencia del negocio jurídico determinante del cambio de titularidad empresarial^[7].

A *sensu contrario*, como regla general, cuando el cambio de entidad no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones de este precepto estatutario y, en consecuencia, los contratos de trabajo podrían quedar extinguidos^[8]. Ahora bien, aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio en los supuestos en los que el cambio de titularidad empresarial no vaya acompañado por la entrega de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva^[9], lo cierto es que esta tesis restrictiva fue matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo, a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión. En efecto, “en determinados sectores económicos intensivos en mano de obra estos elementos (activos materiales e inmateriales) se reducen a menudo a su mínima expresión. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una organización común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción”^[10], sin que nada impida, por ende, que la plantilla sea asumida por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción son esencialmente los recursos humanos^[11]. Por tanto, en las actividades despatrimonializadas puede entenderse producida la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad cuando el nuevo empresario, bien por su propia voluntad o por acuerdo entre las empresas implicadas, se haga cargo de un número significativo de los trabajadores –en términos cuantitativos o cualitativos– que el antiguo empleador venía ocupando. Como ha reconocido el Tribunal Supremo^[12], en aquellos supuestos en los que “el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del antiguo empleador, el hecho de que no se hayan aportado elementos materiales no puede desvirtuar la calificación de lo sucedido como sucesión empresarial en el marco de aquellos sectores que no exijan material e instalaciones importantes sino que descansan fundamentalmente en la mano de obra”^[13].

Dicho en otros términos, la explotación de “actividades materializadas”, intensivas en bienes de capital, una vez sean calificadas como tales, requiere cesión de tales activos en cantidad suficiente para mantener la identidad económica y aplicar la garantía de transmisión de empresa, mientras que las actividades basadas en la explotación intensiva del factor trabajo, por lo tanto desmaterializadas, podrían limitarse a la cesión de una parte significativa de la plantilla en términos cuantitativos y cualitativos –sucesión de plantilla– para aplicar la garantía de transmisión^[14]. Recientemente, en Sentencia de 18 de enero de 2022^[15], el Tribunal Supremo ha entendido que en un proceso surgido al hilo de los mismos avatares que el presente no ha tenido lugar una verdadera transmisión de empresa porque no ha habido transmisión patrimonial y la asunción de 3 trabajadores de 9 no se considera suficientemente significativa.

Es más, a la espera de nuevos pronunciamientos, cabe apuntar el matiz introducido recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 27 de febrero de 2020^[16], que parece admitir, cambiando la doctrina precedente, la sucesión de plantillas sin cesión de infraestructuras en un procedimiento de contratación pública de transporte de personas en una zona rural alemana, donde una entidad económica reanuda una actividad cuyo ejercicio requiere medios de explotación importantes, imponiendo los pliegos requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos, sin que el nuevo adjudicatario adquiera dichos medios, propiedad de la entidad económica anterior. Entiende el Tribunal en este caso que la reanudación de la actividad puede calificarse de transmisión, siempre que otras circunstancias (distintas de las infraestructuras) permitan caracterizar el mantenimiento de la identidad de la entidad económica de que se trate, como puede ser la

continuidad de la mayor parte de la plantilla siguiendo la citada actividad sin interrupción. Entiende, por ende, que en una actividad materializada, la sola sucesión de plantilla sirve también para identificar el presupuesto aplicativo de la Directiva 2001/23 y, por tanto, del art. 44 ET si es el parámetro clave para mantener la actividad empresarial, lo que deberá apreciar el órgano judicial nacional.

2.- Teniendo en cuenta el principio de complementariedad, la subrogación también puede derivar, como mejora del tenor legal, del convenio colectivo de eficacia general (no de un acuerdo de empresa), con las únicas exigencias de que la norma convencional no conculque ningún precepto de derecho necesario^[17] y de que el empresario implicado se encuentre comprendido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo correspondiente, pues, de lo contrario, la previsión convencional no resultará vinculante^[18].

2. El mero valor informativo de los pliegos de condiciones.

El art. 130.1 LCSP omite toda referencia a los pliegos de condiciones como fuente generadora de la obligación de subrogación, los cuales fueron admitidos por decisiones judiciales del orden social como instrumentos de los que podía derivar la subrogación, pero que la jurisdicción contencioso-administrativa ya había negado^[19]. El actual art. 130.1.2 LCSP establece únicamente una obligación de transparencia sobre la realidad laboral existente de cara a los eventuales licitadores en aras a asegurar una subrogación viable cuando menos por lo que respecta a los costes laborales, de manera que los pliegos habrán de incluir “información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”. Es más, el contratista entrante dispondrá de una acción directa de reclamación para el caso de que los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada y, en todo caso, estará exento de responsabilidad sobre los salarios y cotizaciones impagados respecto de los trabajadores afectados por el desajuste.

3. Condiciones laborales después de la subrogación: cómputo de la antigüedad desde el inicio.

En aquellos casos en los que, por la circunstancia que fuere, el nuevo ente se subroga en la posición empresarial del anterior, tendrá que asumir a los trabajadores afectados por el trasvase bajo la modalidad contractual previa, bien fuera temporal, bien indefinida, conservando, en todo caso, su estatus jurídico. Es más, la subrogación tiene un carácter bidireccional, de manera que no sólo es obligatoria para el empleador sucesivo sino para los propios trabajadores, adscritos a las unidades productivas objeto de transmisión. Ahora bien, el contenido de la obligación de subrogación no se ampara en el “principio de inmutabilidad”, sino solamente en el de “indemnidad transitoria” respecto de aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial^[20], debiendo

entender que el cómputo de la antigüedad debe remitirse al inicio de la contratación laboral asociada a esa contrata sin que una posible dimisión voluntaria del trabajador en uno de los nexos laborales pretéritos para facilitar su inmediata recolocación en la empresa adquirente rompa la unidad del vínculo.

X. Apunte final

La reforma de 2012 impulsó una permisiva regulación de las contratas y subcontratas (art. 42 ET), que posibilitaba el recurso a la contratación temporal, normalmente a través del contrato por obra o servicio vinculado a la duración de la relación mercantil o administrativa. La reforma de 2021 impide recurrir al contrato de obra y servicio determinado con carácter general y específicamente para los supuestos de contratas y subcontratas, siguiendo la interpretación judicial sostenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020, en virtud de la cual cuando la actividad de la contratista consiste “precisamente, en desarrollar servicios para terceros”, no concurre el requisito de que esa obra o servicio presente la “autonomía y sustantividad propia, dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa”, que se exigía con anterioridad a la reforma de 2021 para poder justificar la temporalidad del contrato de trabajo.

El Real Decreto Ley 32/2021 da entrada para cubrir las necesidades de personal asociadas a contratas y concesiones administrativas al contrato fijo-discontinuo siempre y cuando las relaciones interempresariales mercantiles o interviniendo adjudicatarios públicos, “siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa” (nuevo art. 16 ET), en cuyo caso los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”. A la luz de esta nueva regulación quedarán solucionados problemas de temporalidad como el planteado en el supuesto aquí enjuiciado donde, aplicando un principio pro operario tendente a evitar abusos derivados de la sucesiva contratación temporal, el Tribunal Supremo, con acierto, llega a la conclusión de que la unidad esencial del vínculo no quiebra en supuestos de subrogación empresarial inherente a una sucesión de contratas aunque un nexo laboral pretérito se hubiera extinguido por libre decisión de la persona trabajadora.

Referencias:

1. ^ 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, p. 32.
2. ^ 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, p. 13.
3. ^ Parejo Alfonso, L. (1989): “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, 218-219, p. 23.
4. ^ Sanguinetti Raymond, W. (2007): “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *Revista de Derecho Social*, 39, p. 23.
5. ^ *Acogiendo doctrina vertida en la STS, Social*, 27 septiembre 2018 (núm. 873/2018).
6. ^ *STS, Social*, 30 mayo 2011 (rec. 2192/2010), en relación con un servicio municipal de retirada de vehículos, ó 26 enero 2012 (rec. 917/2011), referida a un servicio público asistencial.
7. ^ *STS, Social*, 24 noviembre 1986 (núm. 12490/1986).
8. ^ *Por todas, STCo 66/1987, de 21 de mayo.*

9. ^ *Entre muchas, SSTS, Social, 6 febrero 1997 (rec. 1886/1996) y 21 octubre 1998 (rec. 3556/1997).*
10. ^ *SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Sánchez Hidalgo y otros; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Hernández Vidal y otros; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto Oy Liikenne Ab; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto Temco, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto Carlito Abler y otros y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto Güney-Gorres y Demir.*
11. ^ *SSTS, Social, 21, 26 y octubre 2004 (rec. 5075/2003. 4423/2003 y 899/2002), 28 diciembre 2004 (rec. 5329/2003) y 31 enero y 7 febrero 2005 (rec. 6025/2003 y 650/2004)*
12. ^ *SSTS, Social, 7 diciembre 2011 (rec. 4665/2010) y 27 abril 2015 (RJ 2015/1714).*
13. ^ *Significativamente, STS, Social, 23 octubre 2009 (rec. 2684/2009).*
14. ^ *SSTS, Social, 27 septiembre 2018 (rec. 2747/2016), 12 noviembre 2019 (rec. 357/2019) y 8 septiembre 2021 (rec. 1866/2020)*
15. ^ *Rec 3876/2019.*
16. ^ *C-298/18.*
17. ^ *STS, Social, 27 septiembre 2018 (rec. 2747/2016).*
18. ^ *SSTS, Social, 28 octubre 1996 (rec. 566/1996) y 10 diciembre 2008 (rec. 2731/2007).*
19. ^ *STS, Cont-Admtivo, 18 junio 2019 (rec. 702/2016).*
20. ^ *STSJ, Social, Castilla y León/Burgos 6 febrero 2014 (rec. 60/2014).*