cooperativestreball.coop

+30 ANYS

Social Coop

Aspectes legals en relació a la contractació pública: drets i deures de les empreses i el tràmit de la subrogació de personal.

Nivell bàsic

Docents:

Moderació: **Jordi Manresa i Casals**– Incoop – Comissió de Gestió SocialCoop

- **Sandra Ramis Munar** – advocada –OLEART advocats
- **Tomàs Segura** – advocat - GS LEGAL Barcelona
- **Víctor Buil Martínez–** Director de relacions laborals – SUARA Cooperativa

1. **Contractació de persones en el marc de la gestió d'un servei contractat per l'administració pública a través d'una licitació:**
   - ➢ Diferents vies de contractació: servei nou o noves posicions no existents en un servei.
   - ➢ Què és la Subrogació de persones (i materials) quins drets i deures les originen:
     - Obligació pel plec
     - Convenis sectorials
     - Article 44 de l'estatut dels treballadors/es
     - Canvi de titularitat de contracte
     - Cessió legal de treballadors/res
     - Externalització de serveis

     Cal cercar a les xarxes socials informació del servei. Possibles conflictes. RLT.

2. **Que diu la llei de contractació pública en l'àmbit laboral del personal que desenvolupa els serveis:**
    - Què diu la llei en relació a les obligacions de les empreses licitadores a nivell de contractació de personal.
    - Què diu la llei en relació als drets de les empreses licitadores a nivell de contractació de personal.
    - Quin paper juga l'administració pública en la gestió de personal i dels seus contractes.
    - Primeres pinzellades de la cessió il·legal de treballadors/es que abordarem en la segona formació bastament.

3. **Aspectes clau que hem de tenir en compte a l'hora de subrogar el personal d'una empresa sortint:**
    - Informació que ha de proporcionar el plec i les empreses sortints.
    - Mesures per evitar la falta de dades o d'actualització de les mateixes o davant la sospita de veracitat. Què podem exigir a l'administració i a les empreses sortint a nivell legal?
    - Com realitzar les preguntes a les plataformes de contractació
    - Casuística de subrogació de més personal del necessari i de modificació de la jornada contractada.
    - Elements a analitzar abans de córrer el risc.

4. Un cop guanyat el concurs, com s'ha de procedir i quin marc legal ho regula:

- Canals i terminis de resposta de les empreses sortints per facilitar tota la informació de detall de les persones a subrogar.
- La importància de la comunicació amb el client i l'administració.
- Com detectar persones que no tenen dret a la subrogació i/o no adscrits als serveis i com cal actuar.
- Obligacions de les empreses sortints a nivell de pagaments de drets meritats dels treballadors/res subrogats en períodes previs a la nova licitació.
- Acollida de les professionals (document de reconeixement, relació laboral,...) i primers passos (PRL, formacions,...). Exemple.

5. Conclusions generals

6. Torn obert de paraula per tal de compartir coneixements i experiències entre les cooperatives participants.

Aspectes legals en relació a la contractació pública: drets i deures de les empreses i el tràmit de la subrogació de personal.

Nivell avançat

Docents:

Moderació: **Jordi Manresa i Casals**– Incoop – Comissió de Gestió SocialCoop

- **Sandra Ramis Munar** – advocada –OLEART advocats
- **Tomàs Segura** – advocat - GS LEGAL Barcelona
- **Víctor Buil Martínez–** Director de relacions laborals – SUARA Cooperativa

0. Introducció

- Breu repàs dels tipus de subrogació.

1. Subrogacions en casos específics i complexes. Com afrontar-les.

- Anàlisi de risc en subrogacions amb personal amb molta antiguitat, baixes i excedències llargues.
- Implicacions i possibles accions si ens trobem davant d'un plec que canvia les condicions i configuració dels equips.
- Situacions de subrogació amb la Representació Legal dels Treballadors/res
- Quan és aconsellable aprovisionar els costos d'indemnització del personal.
- Plecs que demanen CV i característiques de treballadors/res molt específiques

2. Quin ha de ser l'enfoc i la política de treball amb l'administració.

•Què és la cessió il·legal de treballadors/res, a qui afecta i quines conseqüències pot tenir per als afectats

•Elements que hem de tenir en compte per evitar caure el la cessió il·legal de treballadors i com abordar-los:

- •Directius de treball
- •Gestió de personal: nòmina, autorització de vacances i permisos, formació
- •Eines i recursos de treball (propietat)
- •Lloc de treball
- •Identificació i vestuari, ús de logos i material que signifiqui la nostra empresa o l'administració que ens contracta el servei.
- •Correus corporatius d'empresa i de l'administració pública. Correu personal i nominatiu, Correu de rol o servei...

3. Maneres d'impugnar i recorre plecs i concursos per defensar els nostres drets i la lliure concurrència:

- Què és impugnable i què no?
- Col·lectivament i els seus camins: a través de la Confederació tempos i requisits per assegurar-ne l'èxit.
- Individualment, coma empresa, que podem fer i com fer-ho: tempos, formes jurídiques, cost... i aspectes a tenir en compte per tal de garantir-ne l'èxit.
- Com procedir si durant l'execució observem que som víctimes d'una mala praxis:
    - Mesures contra l'administració
    - Mesures contra les empreses que han gestionant el servei amb anterioritat

4. Exemples pràctics i jurisprudència de casos que abordin aquesta problemàtica.

5. Torn obert de paraula per tal de compartir coneixements i experiències entre les cooperatives participants. Aporta el teu cas pràctic!

INFORMACIÓ COMPLEMENTÀRIA:

TIPUS DE SUBROGACIÓ EMPRESARIAL:

La subrogació empresarial és un procés mitjançant el qual una empresa assumeix les obligacions i els drets d'una altra en relació amb els seus treballadors, generalment en el marc d'una successió empresarial o un canvi en la gestió d'un servei. Hi ha diversos tipus de subrogació empresarial, entre els quals destaquen:

1. Subrogació per successió d'empresa

Es produeix quan una empresa adquireix una altra o una part del seu negoci, incloent-hi els actius materials i immaterials, i manté la plantilla de treballadors. S'aplica en casos de compra, fusió o escissió d'empreses.

2. Subrogació per canvi de titularitat de contracte

Succeeix quan una empresa assumeix la gestió d'un servei que abans gestionava una altra, mantenint els treballadors que prestaven aquest servei. És habitual en sectors com la neteja, la seguretat o el transport. LLEURE

3. Subrogació per disposició legal o conveni col·lectiu (ART. 44 et)

Algunes normatives o convenis col·lectius estableixen l'obligació de subrogar treballadors en certs sectors, fins i tot si no hi ha transmissió d'actius. Per exemple, en contractes públics on canvia l'empresa adjudicatària.

4. Subrogació per cessió de treballadors (cessió il·legal i ETTs)

- Cessió legal: Es produeix quan una empresa de treball temporal (ETT) cedeix treballadors a una altra empresa dins del marc legal.
- Cessió il·legal: Passa quan una empresa cedeix empleats a una altra sense complir la normativa, fet que pot derivar en la incorporació d'aquests treballadors a la plantilla de l'empresa que els utilitza.

5. Subrogació per externalització o outsourcing

Quan una empresa decideix externalitzar un departament o servei i el proveïdor assumeix els treballadors afectats.

6. Subrogació en contractes públics

Quan un organisme públic canvia l'empresa adjudicatària d'un servei i aquesta ha d'assumir els treballadors segons el que estableixin els plecs del contracte o la legislació aplicable.

Cada tipus de subrogació pot tenir implicacions legals i laborals específiques, per la qual cosa és important revisar l'Estatut dels Treballadors, els convenis col·lectius i la normativa aplicable en cada cas.

Davant una subrogació empresarial, l'article 44.5 de l'Estatut dels Treballadors (d'ara endavant, LET) disposa que «quan l'empresa, el centre de treball o la unitat productiva objecte de la transmissió conservi la seva autonomia, **el canvi de titularitat de l'empresari no extingirà per si mateix el mandat dels representants legals dels treballadors, que continuaran exercint les seves funcions en els mateixos termes i sota les mateixes condicions que regien amb anterioritat».**

En principi, la Sala social del Tribunal Suprem ha vingut mantenint que «en la mesura en què la conservació del mandat representatiu requereix la subsistència del substrat objectiu i subjectiu o electoral de la seva representació, és a dir**, de l'àmbit en el qual van ser triats els representants, la conclusió resultant resulta ser que la desaparició d'un centre de treball implica la finalització del mandat representatiu dels representants de l'indicat centre» (STS 28 d'abril de 2017, Ar. 2768, FJ 3).**

La condició de representant es perd quan el treballador deixa de pertànyer al centre que el va triar, tant per trasllat del treballador a un altre centre, com per desaparició d'aquest. L'excepció es contempla, no obstant això, en el citat article 44.5 LET o en aquells supòsits que, per frau de llei, es produeix el tancament d'un centre per a provocar la finalització del mandat representatiu abans que arribi al seu terme ordinari.

Per part seva, la STS 10 d'octubre de 2019, Ar. 4695, admetria que l'adscripció dels representants legals a un altre centre en el que ja existien representants, per tancament del qual provenien, haurà d'extingir el seu mandat. No en va, «l'Estatut dels Treballadors no conté previsió alguna específica sobre les conseqüències de la desaparició del centre de treball respecte de la representació legal dels treballadors triada en el centre que es tanca o desapareix. Quan el tancament del centre té lloc amb motiu de la transmissió del mateix a una altra empresa adquirent, l'article 44.5 ET disposa que quan el centre «conservi la seva autonomia» el canvi de titularitat de l'empresari no extingirà el mandat dels representants, la qual cosa a senso contrari implica que **sí que s'extingirà aquell mandat quan el centre no conservi la seva autonomia integrant-se en un altre»** (FJ 2). Per part seva, la STS 20 de setembre de 2022, Ar. 3860, entén, en aplicació de l'article 44.5 LET, que «del precepte s'infereix que la transmissió d'empresa no determina, per si sola, l'extinció del mandat dels representants dels treballadors, que, per tant, continuaran exercint les seves funcions en els mateixos termes i sota les mateixes condicions que regien amb anterioritat» (FJ 3), per la qual cosa l'opció legal triada suposa **la continuïtat de la composició dels òrgans de representació i, en conseqüència, del mandat dels representants, que es mantindran en l'exercici de les seves competències i de les seves garanties fins que no es promoguin i celebrin noves eleccions conforme al que es preveu en l'article 67.3 LET**. Excepte les excepcions derivades de pèrdua d'identitat de l'entitat transmesa per ser absorbida o dissolta, en la nova estructura empresarial. Extrems aquests últims que, per constituir l'excepció a la regla general de continuïtat del mandat representatiu, hauran de ser expressament provats.

JURISPRUDÈNCIA:

Tribunal Suprem:

NO COMUNICAT NI PER CLIENT. NO RESPONSABLE NI ENTRANT NI SORTINT

Subrogació convencional contracta de neteja. Incompliment obligació lliurar la documentació dels treballadors a l'empresa entrant. No li és imputable a l'empresa sortint, perquè el canvi de contractista no li va ser notificat pel client, ni tampoc per la pròpia empresa entrant com contempla el Conveni Col·lectiu d'aplicació. STS 30 de setembre 2020 (rec. 618/2018)

REDUCCIÓ SERVEI

Successió de plantilla ex conveni col·lectiu malgrat reducció del servei: una disposició convencional que exigeixi a la contractista entrant la subrogació de la plantilla malgrat la reducció del servei per part de la principal (en aquest cas RTVE), no és extensible a un supòsit en el qual en la nova licitació queda exonerat un dels centres de treball de la principal. STS 9 de setembre 2020 (rec. 3122/2017).

SUBROGACION EMPRESARIAL: es produeix en el cas de segregació de negoci i integració en entitat jurídica independent; aplicació del conveni col·lectiu de l'empresa cedent, mantenint-se en situació de pròrroga o d'ultraactivitat, fins a la publicació del nou conveni col·lectiu provincial sectorial aplicable a l'entitat cessionària. STS 14 de maig 2020 (rec. 218/2018)

SUCCESSIÓ EMPRESA (MITJANS HUMANS + MATERIALS)

INEXISTÈNCIA DE SUCCESSIÓ D'EMPRESES: canvi en la contracta del servei d'explotació i manteniment dels sistemes de seguretat i control de gestió de túnels de l'aeroport Adolfo Suarez Madrid Barajas, per no resultar aplicable la figura de la successió de plantilles perquè el compliment de les activitats contractades requereix el desplegament de mitjans humans i materials, per la qual cosa no pot complir-se únicament amb la mà d'obra. STS 3 de març 2020 (rec. 3439/2017)

CATEGORIA PROFESSIONAL NO REQUERIDA

La decisió de l'entrant de rebutjar a tots els treballadors de la sortint després de realitzar el procés de selecció convencionalment previst, al·legant que no formen part de la categoria professional requerida, ha de ser qualificat com un frau de llei i la negativa a l'assumpció de la plantilla com un acomiadament improcedent imputable a aquesta. STS 6 de febrer 2020 (rec. 2651/2017)

FALTA APORTACIÓ DOC NO SUBROGACIÓ

Requisit convencional de lliurament de documentació a l'empresa entrant. La falta d'aportació dels documents no obliga la nova adjudicatària a subrogar-se en els treballadors adscrits al servei. STS 2 de febrer 2020 (rec. 1682/2017)

Tribunal Superior de Justícia:

NO SUBROGACIÓ –> ACOMIADAMENT IMPROCEDENT

ACOMIADAMENT IMPROCEDENT: pèrdua de contracta no existint una successió d'empreses que comporti l'obligació de subrogació de treballadors per part de la nova adjudicatària: incompliment de l'empresari al no haver acordat un acomiadament objectiu dels treballadors adscrits a la contracta, davant la pèrdua d'aquesta. STSJ And\Sevilla 30 de gener 2020 (rec. 3618/2018)

REDUCCIÓ JORNADA

GARANTIES PER CANVI D'EMPRESARI: SUCCESSIÓ D'EMPRESES: prestació de serveis de neteja: falta de subrogació en un servei de dues hores que la treballadora prestava per mitjà de l'empresa sortint que constitueix acomiadament: improcedència: reducció de jornada susceptible d'impugnació. STSJ And\Sevilla 23 de gener 2020 (rec. 3370/2018)

SUCCESSIÓ D'EMPRESES: Responsabilitat solidària: deutes salarials: estimació: contractes: absència de prova que acrediti que no va tenir lloc la transmissió d'una unitat productiva o econòmica en els termes de l'art. 44 de l'Estatut dels Treballadors: responsabilitat solidària prevista en l'Estatut dels Treballadors no desplaçada pel precepte convencional en el qual s'exclou la responsabilitat de l'empresa entrant en les quantitats reportades mentre l'empresa sortint va ser l'ocupadora. STSJ Galícia 5 de juny 2020 (rec. 4638/2019)

CESSIÓ IL·LEGAL DE TREBALLADORS:
La definició actual de cessió de treballadors (abans es relacionava amb la idea d'empresa aparent, mancada d'organització, empreses pantalla, sense un altre paper que interposar-se entre el treballador i el veritable empresari) té un important punt de rigidesa, de manera que les situacions fàctiques que enuncia la norma són causes constitutives d'una presumpció iuris et de iure de cessió il·legal, que es produirà quan concorri algun dels criteris tipificats en aquest:
"En tot cas, s'entén que s'incorre en la cessió il·legal de treballadors contemplada en aquest article quan es produeixi alguna de les següents circumstàncies: que l'objecte dels contractes de serveis entre les empreses es limiti a una mera posada a la disposició dels treballadors de l'empresa cedent a l'empresa cessionària, o que l'empresa cedent manqui d'una activitat o d'una organització pròpia i estable, o no compti amb els mitjans necessaris per al desenvolupament de la seva activitat, o no exerceixi les funcions inherents a la seva condició d'empresari".

Per a distingir entre una veritable contracta i una cessió il·legal de treballadors, la jurisprudència ha ofert diversos paràmetres que poden ser sistematitzats diferenciant entre: indicis "forts" (la concurrència dels quals és altament indicativa de l'existència o no de cessió il·legal); i, indicis "febles", (requereixen la concurrència altres elements).

Encara que, per definició, l'aplicació del règim de cessió il·legal exigeix una anàlisi individualitzada, **són indicis "forts":**

- Exercici del poder de direcció. Si les ordres de treball depenen de l'empresa principal ens trobarem davant el major indici d'existència d'una cessió il·legal. Té especial rellevància, doncs, l'existència de **comandaments intermedis de la contractista en les dependències de la principal:** si existeixen aquests comandaments i exerceixen les funcions corresponents concorre un fort indici d'existència d'una contracta legítima.

Cal valorar en cada cas l'autèntica activitat dels comandaments intermedis**: si existeixen però la seva funció és merament formal, sense que exerceixin autèntiques competències directives en el marc productiu o de prestació de serveis, ens trobem davant un indici de cessió il·legal.**

- Autonomia tècnica de la contracta. Són freqüents sentències dels diferents TSJ que **exigeixen que aquestes contractes siguin autònomes, encara que es desplegui dins del procés productiu de l'empresa principal. Es tracta d'esbrinar si la contractista exerceix una autèntica activitat específica en el si de la producció o el servei de la principal en forma autònoma, assumint el risc de qualsevol empresa i no limitant-se a aportar mà d'obra.**

- S'incorre en cessió il·legal de l'art. 43 ET quan (i) els treballadors de la contracta presten els seus serveis barrejats amb els de la principal; o, (ii) ho fan per a la realització ordinària de treballs, tenint la principal treballadors en plantilla que realitzen idèntica activitat que la dels de la contractista; o, (iii) en el cas de cobertura d'un lloc de treball en sense aportació de cap valor afegit; o,(iv) quan resulta acreditat que qui dirigeix el treball i organitza tot el servei és la principal.

- És correcte quan, (i) el projecte i el disseny del servei han estat realitzats per la contractista, limitant-se el treballador a aplicar-lo en el sí de la principal; (ii) quan per la complexitat del tema i els continus canvis, l'objecte de la contracta és la gestió d'un programari; (iii) si la contractista compta amb controls de qualitat propis.

- Utilització de mitjan producció de la principal o de la contractista. Si la contractista no aporta instruments, maquinària o eines i els seus treballadors usen els de la principal la presumpció de conducta il·lícita resulta altament significativa.

Cal observar que quan en una concreta explotació o negoci existeixen uns elements primordials o uns mitjans materials de producció, és l'empresari qui ostenta sobre ells el poder demando, direcció, decisió i gestió; poder que pot estar basat en qualsevol negoci jurídic, no sent necessari que es tracti d'un dret de domini, sent vàlid qualsevol tipus de dret, real o personal, que li atorguin aquestes potestats. **Per això no pot ser empresari una contractista que no té facultats i poders sobre els mitjans patrimonials propis de l'empresa, encara que pagui a la principal un preu que es pot qualificar d'irrisori.**

Excepcions aïllades en aquells supòsits en els quals per la pròpia conformació de l'arrendament de serveis és lògic que els materials pertanyin a la principal (per exemple, en el terreny informàtic, el programari; o els materials i equips de seguretat, que poden pertànyer exclusivament a la contractant).

- Forma de pagament de la contracta. És també un indici fort de cessió il·legal de treballadors el model de retribució de la principal a la contractista que **evidenciï que l'única cosa que s'està abonant és el treball.** Així, per exemple, quan es paga per unitat de temps treballat; o quan la quantitat mensual a abonar per la principal es fixa en funció de cada treballador contractat o per hores de treball.

Per part seva, són indicis "febles":

- Aspectes relacionats amb el contracte de treball com, per exemple, **la coincidència d'horaris amb els treballadors de la principal i la realització de vacances en coordinació amb aquests o la imposició d'horaris; l'exercici per la contractista del poder disciplinari; o, la impartició de cursos de formació professional pel seu compte.**

- El **lloc de prestació de serveis.**

- Elements externs que caracteritzin l'adscripció dels treballadors a una altra empresa. És aquest un element a valorar també, com per exemple, l'existència o no de distintius diferenciats respecte a la resta de treballadors de la principal;

De l'exposat podem concloure que No existeixen fronteres clares, rígides o terminants per a determinar si hi ha cessió il·legal o no de treballadors de manera que **caldrà estar cas a cas.**

D'altra banda, convé tenir en compte que la cessió de treballadors es qualifica com a il·legal independentment que s'apreciï o no un resultat lesiu per als drets del treballador (STS 3 d'octubre 2005 (rec. 3911/2004):

Conseqüències derivades de la declaració de cessió il·legal.

Existeixen diverses conseqüències quan es dona aquesta situació il·legal. La primera de totes és que les dues empreses, tant la cedent com la cessionària**, són responsables solidàries davant els treballadors, inclosa la responsabilitat salarial, de Seguretat Social, i altres responsabilitats i, fins i tot, penals en el cas que procedeixin.**

De la mateixa manera, es declara l'existència de la cessió il·legal, es generen una sèrie de conseqüències per a protegir el treballador:

- Dret d'opció. Poden adquirir la condició de fixos, a la seva elecció, en l'empresa cedent o en la cessionària.

- En cas d'acomiadament. El treballador pot al·legar la il·legalitat de la cessió en accionar enfront de l'acomiadament del qual ha estat objecte, sent totes dues empreses responsables solidàries i podent triar si és el cas reincorporar-se en l'empresa cedent o cessionària.

- Fixesa en plantilla. En cas de no comptar amb un contracte indefinit, el treballador té dret automàtic a ser considerat com a treballador amb contracte indefinit.

- **Adquisició dels drets i obligacions existents en la cessionària.** Els drets i obligacions del treballador han de ser els que li corresponguin en el mateix o equivalent lloc de treball i en condicions ordinàries.

Es pot imposar així mateix una **sanció per infracció molt greu** en matèria de relacions laborals (art. 8.2 de la Llei d'Infraccions i Sancions en l'Ordre Social, en relació amb l'article 40.1. c) de la mateixa norma) per import de fins a 225.018 euros.

Convé recordar, en fi, que de conformitat amb el que es disposa en els apartats 1 i 2 de l'art. 42 del ET

"1. Les empreses que contractin o subcontractin amb unes altres la realització d'obres o serveis corresponents a la pròpia activitat d'aquelles hauran de comprovar que aquestes contractistes estan al corrent en el pagament de les quotes de la Seguretat Social. A aquest efecte, recaptaran per escrit, amb identificació de l'empresa afectada, certificació negativa per descoberts en la Tresoreria General de la Seguretat Social, que haurà de lliurar inexcusablement aquesta certificació en el terme de trenta dies improrrogables i en els termes que reglamentàriament s'estableixin. Transcorregut aquest termini, quedarà exonerada de responsabilitat l'empresa sol·licitant.

2. L'empresa principal, excepte el transcurs del termini abans assenyalat respecte a la Seguretat Social, i durant els tres anys següents a la terminació del seu encàrrec, respondrà solidàriament de les obligacions referides a la Seguretat Social contretes pels contractistes i subcontractistes durant el període de vigència de la contracta.

De les obligacions de naturalesa salarial contretes per les contractistes i subcontractistes amb les persones treballadores al seu servei respondrà solidàriament durant l'any següent a la finalització de l'encàrrec".

Jurisprudència:

1. **L'empresa cedent no exerceix les funcions inherents a la seva condició d'empresari;** és a dir, no posa al servei de la cessionària l'organització empresarial que posseeix (TS 24-6-08, EDJ 166870; 11-5-11, EDJ 91320; 2-6-11, EDJ 131436), per la qual cosa, no duu a terme la direcció del servei, ni gestiona la prestació d'aquest, en mancar d'una organització autònoma i independent en el si de la comitent, sense exercir respecte del treballador contractat el poder de direcció i el poder disciplinari, depenent la solució dels assumptes laborals dels treballadors de la consultora, de l'empresa a la qual suposadament només se li presta un servei (TSJ Astúries 16-10-18, EDJ 624058). Estem davant la cessió de treballadors en sentit propi o (TSJ Valladolid 10-2-10, EDJ 43318).

2. L'empresa cedent **manca d'una activitat o d'una organització pròpia i estable,** no compta amb els mitjans necessaris per al desenvolupament de la seva activitat. És un supòsit de simulació contractual i el que procedeix és aixecar el vel de l'aparença il·lícitament creada i considerar directament com a empresari a qui ho és realment i des d'un principi (TS 11-7-12, EDJ 195807; 25-1-12, EDJ 26408).

3. L'empresa cedent **no compta amb els mitjans necessaris per al desenvolupament de l'activitat** (TS 4-5-11, EDJ 79334).

4. Per tant, per a l'apreciació judicial d'aquest fenomen, és necessari el subministrament de la **mà d'obra** per part de la contractista, sense contribuir amb els elements personals i materials que conformen la seva estructura empresarial (TS 26-9-07, EDJ 184518; 4-12-07, EDJ 274868; 11-12-08, EDJ 272960); el que pot produir-se tant amb la concurrència d'empreses fictícies, com així, inicialment, es va entendre, sinó, també, amb la interposició d'empreses reals (TS 7-4-09, EDJ 72859; 17-12-19, EDJ 770031).

Altres:

1) La cessió il·legal pot actuar al marge de la realitat o solvència de les empreses (TS 16-6-03, EDJ 239086; 14-3-06, EDJ 37440).

2) No és necessari que el personal es contracti amb la finalitat de ser cedit des d'un principi (TS 20-7-07, EDJ 152517).

3) Ha de valorar-se la situació específica de cada treballador, perquè no és possible fer una qualificació global que afecti a tota la contracta; de tal manera, que poden concórrer en el seu si, treballadors que estiguin cedits il·legalment i altres que no (TSJ Catalunya 9-11-09, EDJ 350649; TSJ Valladolid 10-2-10, EDJ 43318).

4) No és decisiu per a rebutjar l'existència d'aquesta figura que el contractista retingui algunes facultats empresarials, per exemple les de caràcter disciplinari, l'ordenació de les vacances, jornada i horari o formativa (TS 16-6-03, EDJ 239086; TSJ Madrid 6-10-09, EDJ 311951; TSJ Valladolid 22-12-09, EDJ 344392).

5) És fraudulenta la cessió de treballadors, simulant que el que es realitza és una successió empresarial; amb la finalitat d'impedir que el comitè d'empresa pugui realitzar les seves funcions, més encara, que com a tal deixi d'existir (TS 6-10-11, EDJ 287019).

6) No existeix cessió il·legal, encara que es tracti de treballs molt especialitzats que per la seva pròpia naturalesa poden esgotar-se en la realització del servei, sense precisar de mitjans materials significatius, com ocorre en els d'auditoria, en concret, per a la prestació de serveis informàtics en una entitat bancària (TS 15-4-10, EDJ 84379; TSJ Madrid 9-12-16, EDJ 242004). Existeix, no obstant això, algun criteri discrepant (TSJ Catalunya 8-4-15, EDJ 97614).

[redacted]

Més recent:

Tribunal Supremo. Sala de lo Social Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 13/01/2022 Rec.: 2715/2020

Por otro lado, la doctrina de la Sala caracteriza la cesión ilegal afirmado que el fenómeno interpositorio supone ***tres negocios jurídicos coordinados:***

1º) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial;

2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y

3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (STS de 11 de febrero de 2016, Rcud. 98/2015).

Asimismo, hemos destacado que ***la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización "no se ha puesto en juego",*** *limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia (SSTS de 19 de junio de 2012, Rcud 2200/2011; y de 11 de julio de 2012, Rcud 1591/11). De forma que aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio."*

Audiencia Nacional. Sala de lo Social Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 17/03/2021 Nº de Recurso: 265/2020 Nº de Resolución: 40/2021

*"que para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositivo en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir****, lo que sucede es que quien se apropie efectivamente de los frutos del trabajo, dirige este y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.****"*

I. Anàlisi de l'article 130 LCSP d'acord amb els informes i resolucions dels Tribunals. II. Qüestions i contingències pràctiques que es plantegen i possibles solucions.

I. Anàlisi de l'article 130 LCSP d'acord amb els informes i resolucions dels Tribunals.

Informació sobre les condicions de subrogació dels contractes de treball

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

1. Obligació/Dret d'informació

L'article 130 LCSP, estableix l'obligació de facilitar la informació sobre les condicions del contracte dels treballadors que siguin objecte de subrogació pel nou contractista a fi i efecte de permetre una exacta avaluació de les despeses laborals que implicarà aquesta mesura, i en conseqüència poder emetre la corresponent oferta econòmica.

Aquesta obligació no afecta a qualsevol situació de subrogació que es pugui donar, sinó només quan aquesta deriva de:

1. Una norma legal.
2. Un Conveni Col·lectiu.
3. Un acord de negociació col·lectiva d'eficàcia treballador.

S'inclou expressament als treballadors de cooperatives i Centre Especial de Treball:

- *"Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores* ***resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas*** *cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.*
- *Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar* ***fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse*** *como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato"*

2. Informació que s'ha de facilitar:

– L'article 130.1 de la LCSP estableix una enumeració de la informació que cal facilitar que no és tancada. D'aquest article i les resolucions de la Doctrina dels Tribunals, la informació a facilitar comprèn:

a) El Conveni col·lectiu d'aplicació
b) Identificació treballadors a subrogar, categoria, tipus de contracte, jornada, data antiguitat, venciment del contracte, salari brut anual de cada treballadors
c) Plus, component o altres pactes que tingui rellevància econòmica
d) Lloc de desenvolupament de l'activitat si te incidència econòmica
e) Existència de salaris impagats o quotes

3. Informació que NO s'ha de facilitar:

– D'acord amb les resolucions dels nostres Tribunals no és obligatori facilitar la següent informació:

a) Circumstàncies que no tinguin incidència en els costos (R 729/2018 TCRC)
b) Percentatge d'absentisme
c) Situació de què el contractista vigent estigui en situació de concurs de creditors
d) Treballadors amb discapacitat (R 1398/2020 TCRC)

4. Procés d'informació:

1. L'òrgan de contractació reclama al contractista anterior la informació sobre les condicions dels contractes de treball als que afecta la subrogació que resulti necessària per l'exacta avaluació de les despeses laborals.
2. Consignació en els plecs a fi estiguin informats els licitadors
3. Els licitadors poden sol·licitar informació addicional si aquesta és necessària per a l'exacta avaluació de les despeses laborals.
4. Davant aquesta petició l'òrgan de contractació ha de requerir al contractista.
5. La informació obtinguda s'ha de posar a disposició de tots els licitadors.

-Terminis informació:

Dret a sol·licitar a l'òrgan de contractació, i aconseguir, informació addicional sobre els plecs i documentació durant el procediment de licitació.

Dret a sol·licitar a l'òrgan de contractació, i obtenir, aclariments dels plecs i resta de documents. La resposta tindrà caràcter vinculant i serà pública per a la resta de licitadors

Art. 138.3 LCSP: Termini resposta 6 dies abans de la data de venciment per presentar ofertes per donar informació i termini per sol·licitar-ho, 12 dies tret del que estableixi els plecs.

-Naturalesa d'aquesta obligació d'informació:

Segons l'Informe de l'Advocacia de l'Estat 8/19, aquesta obligació prevista a l'article 130 LCSP té caràcter formal i es concreta en l'obligació de requerir al contractista anterior la informació prevista a l'esmentat article 130 LCSP, en conseqüència:

No hi ha obligació per l'òrgan de contractació de comprovar la veracitat material de la informació facilitada

L'òrgan de contractació no assumeix responsabilitat envers el nou contractista per la manca o insuficiència de la informació facilitada per l'anterior contractista.

5. Excepció a la Subrogació (130.3 LCSP)

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.*

6. Conseqüències de l'Incompliment per part del contractista de facilitar informació:

L'incompliment per part del contractista pot ser total o parcial, mentre que les conseqüències per aquest incompliment poden ser de dos tipus:

Imposició de penalitats al contractista anterior, previstes en el plec de fins al 10% del preu del contracte)
"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"

Acció directa del nou contractista pels danys produïts al aportar una informació insuficient si resulta que les despeses de subrogació són superiors:
"En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista."

7. Responsabilitat del nou contractista:

130.6. LCSP "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"*

Dues situacions diferenciades:

1. Si es dona una situació de successió d'empresa entre el contractista anterior i posterior d'acord amb l'article 44 ET, hi haurà responsabilitat solidària de l'anterior i nou contractista envers els salaris i cotitzacions pendents.
2. Si no es dona aquesta situació de successió d'empresa, d'acord amb l'article 130.6 LCSP, el nou contractista no ha de respondre.

II. Qüestions i altres contingències

1. Manca d'Informació i/o insuficiència informació:

Ens trobaríem davant una causa d'impugnació dels plecs, com es reconeix entre altres a la Resolució 259/2015:

«...el artículo 120 dispone la obligación de hacer constar, en la documentación contractual (pliegos o documentación complementaria), la información precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido ***es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos."*** *En este mismo sentido, Resolución 96/2015, de 30 de enero de 2015 y Resolución 201/2015, de 27 de febrero.*

En base a lo expuesto, ***sí que procede, revisar el contenido de los Pliegos en base al principio del transparencia, igualdad y no discriminación (artículo 139 TRLCSP) y al adecuado cumplimiento de la obligación de información que impone el artículo 120 TRLCSP, pues la información suministrada en el Anexo I del PPT es claramente incompleta: no se hace mención alguna ni del tipo de contrato (****de duración determinada o por tiempo indefinido****) ni de las retribuciones que reciben los trabajadores».***

2. Discordança entre el quadre subrogació i el personal requerit per la prestació del servei

Les obligacions en matèria de subrogació de personal són alienes a la facultat autorganitzativa de l'AAPP per modificar o canviar el servei, i en conseqüència no té perquè respectar la categoria, personal i horari d'anteriors licitacions, (en tot cas cabria impugnar els plecs si no està justificat els nous mitjans exigits), sense perjudici de l'obligació d'informar al nou contractista de la conseqüent obligació subrogatòria imposada per la normativa laboral.

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, como la nº 509/2020, de 2 de abril de 2020, en que se señala lo siguiente: "La obligación de subrogación de los trabajadores es una cuestión ajena al órgano de contratación, que imponen, en su caso, las normas legales, los convenios colectivos o los acuerdos de negociación colectiva (artículo 130 LCSP), respecto de la cual se debe ofrecer información en los pliegos, pero que **en modo alguno limita la libertad del órgano de contratación para delimitar el objeto del contrato conforme a sus necesidades.** Una cosa es que la Administración tenga en cuenta en determinados contratos los salarios establecidos por los convenios colectivos aplicables e, incluso, la antigüedad y los pactos individuales en vigor que afecten al personal a subrogar, **a efectos del cálculo de un presupuesto base de licitación** que se adecue a los precios del mercado, **y otra bien distinta es que la Administración pierda de alguna manera la competencia de poder determinar el número de horas que son necesarias para realizar correctamente la prestación, que es lo que sucede en el presente caso."** Este es el sentido también de la Resolución 156/2019, en la que el Tribunal indica que la Administración contratante no está vinculada por los contratos anteriores a la hora de definir las condiciones del contrato que se licita.

3. Omissió treballadors

Circumstàncies a tenir present:
1. El Treballador tindrà dret a la subrogació encara que no estigui en els plecs
2. L'adjudicatari podrà accionar enfront contractista anterior (130 LCSP)
3. Si l'error és imputable a l'òrgan de contractació (RTACRC 526/2016º):
    1. Dret de l'òrgan de contractació de desistir de la licitació
    2. Acció Responsabilitat Patrimonial envers administració.

Recurs especial en matèria contractació
- Recurs especial limitat a determinats actes (Plecs / 15 dies hàbils)
- Potestatiu i gratuït.
- No requereix ni advocat ni procurador.
- Previ a la interposició del Recurs Contenciós-Administratiu.
- Exclou la interposició d'altres recursos administratius (reposició).
- Suspèn el procediment de contractació.
- No s'aplica als procediments seguits per tràmit d'emergència.
- La interposició del recurs s'ha de publicar (art. 63 LCSP)

Contractes objecte de recurs:

Contractes d'obres de valor estimat (VEC) superior a 3.000.000 €; i de subministrament i serveis amb un VEC superior a 100.000 €.
Acords marc i Sistemes Dinàmics d'Adquisició que tinguin per objecte alguns dels contractes de la lletra anterior i els basats en qualsevol d'ells.
Concessions d'obres o de serveis amb VEC superior a 3.000.000 €
Contractes administratius especials, quan no sigui possible fixar el preu de licitació o bé quan el VEC sigui superior a 100.000 €.
Contractes subvencionats i els encàrrecs quan no sigui possible fixar el preu de licitació o bé, quan el seu import sigui superior a 100.000 €.

I. **Article 130 LCSP d'acord amb els informes i resolucions dels Tribunals.**
II. Procediment Impugnació Plecs
III. Qüestions i contingències pràctiques que es plantegen i possibles solucions.
    I. L'experiència com a requisit de solvència, criteri d'adjudicació, criteri tècnic, etc
    II. Aspectes impugnables dels Plecs
    III. Impugnació directa o a través entitats segons grau
    IV. Actuacions posteriors a l'adjudicació del contracte per mala praxis envers personal subrogat

II. Procediment Impugnació Plecs

<u>1.a. Principis que regeixen la Contractació Pública – Igualtat</u>

- Obligació de donar a tots els licitadors un tractament igualitari i no discriminatori i d'ajustar llur actuació als principis de transparència i proporcionalitat. (Art. 132 LCSP).
- Prohibició de discriminació; comporta que l'adjudicació sigui motivada i, per tant, la valoració subjectiva ha d'estar justificada.

Importància a l'hora de fixar criteris de solvència, de valoració d'oferta, així com per permetre l'esmena de les propostes presentades.

1.b. Principis que regeixen la Contractació Pública – Transparència i Publicitat

Concepte actiu: l'Òrgan de Contractació ha de procurar que es mostri tota la informació necessària de la licitació, i l'accés d'aquesta a tots els licitadors.

Obligació de publicar a més de l'anunci tots els documents relatius a la licitació (informes, plecs, actes de les meses)

Importància a l'hora de fer públiques les consultes i respostes de l'òrgan de contractació durant la tramitació.

1.c. Principis que regeixen la Contractació Pública – Lliure Competència

Llibertat d'accés a qualsevol operador europeu en els procediments.

Prohibició que el procediment restringeixi artificialment la competència, afavorint o perjudicant alguns empresaris (132.2 LCSP).

Els òrgans de contractació vetllaran durant tot el procediment per la salvaguarda de la lliure competència. (132.3 LCSP).

2.c. Què es pot recórrer?

- **Anuncis de licitació, plecs** i els documents que estableixin les condicions de contractació.
- **Actes de tràmit adoptats en el procediment d'adjudicació sempre que decideixin directament o indirectament sobre l'adjudicació, determinin la impossibilitat** de continuar en el procediment o produeixin indefensió o perjudici irreparable a drets o interessos legítims, entre els quals s'inclouen els de les meses de contractació o de l'òrgan de contractació pels quals s'acorda l'admissió o inadmissió de candidats o licitadors o l'admissió o exclusió d'ofertes, incloses les ofertes excloses per resultar anormalment baixes.
- **Acords d'adjudicació.**
- Les modificacions basades en l'incompliment previst en els articles 202 i 203 LCSP.
- La formalització d'encàrrecs a mitjans propis en els casos en què aquests no compleixin els requisits legals.
- Els acords de rescat de les concessions.

2.d. Legitimació

- Qualsevol persona física o jurídica amb drets o interessos legítims, individuals o col·lectius, que s'hagin vist perjudicades o puguin resultar afectades, de manera directa o indirecta, per les decisions objecte del recurs.
- Organitzacions sindicals.
- Organitzacions empresarials.

2.e. Procediment

- El Procediment s'inicia mitjançant escrit amb el contingut següent:
- Identificació del recurrent i acte recorregut. Documentació acreditativa e la representació i de l'acte que es recorre.
- Data de notificació de l'acte recorregut
- Motius del recurs
- Mitjans de prova
- Sol·licitud mesures cautelars
- Adreça de correu per rebre comunicacions
- Es pot esmenar els defectes formals en tres dies hàbils.

-

2.f. Lloc d'Interposició

- Directament al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, que és qui coneixerà del recurs. Si l'acte és en relació amb un procediment d'una altra comunitat al Tribunal d'aquesta o l'Estatal segons el cas.
- Al Registre de l'Òrgan de Contractació que ha dictat l'acte recorregut, perquè el traslladi al Tribunal Català de Contractes.

2.g. Tramitació

- Presentat el recurs, el tribunal dona trasllat a la resta d'interessades dins els 5 dies següents perquè puguin formular al·legacions dins els 5 dies següents.
- Paral·lelament, dins aquests 5 dies el tribunal decideix sobre les mesures cautelars sol·licitades.
- Si s'ha sol·licitat la pràctica de prova, el tribunal l'ha d'acordar o denegar motivadament si la considera improcedent o innecessària, dins els 10 dies hàbils següents.
- Finalitzada la tramitació, el tribunal ha de resoldre en 5 dies i notificar-ho a totes les interessades.

2.h. Mesures Cautelars i Resolució

Mesures cautelars, es presenten amb caràcter previ al recurs, adjuntant aquest en el seu cas, es poden acordar o rebutjar (no és recurrible aquesta decisió) i en el seu cas es pot obligar a constituir caució o garantia.

- Resolució del recurs:
    - Estimació total o parcial
    - Desestimació
    - Inadmissió

III. Qüestions i altres contingències

Aspectes impugnables dels Plecs

1.a Manca informació subrogació del personal

Manca d'informació en relació amb el personal a subrogar. Resolució TACRC 259/2015: ***"sí que procede, revisar el contenido de los Pliegos en base al principio del transparencia, igualdad y no discriminación (artículo 139 TRLCSP) y al adecuado cumplimiento de la obligación de información que impone el artículo 120 TRLCSP, pues la información suministrada en el Anexo I del PPT es claramente incompleta: no se hace mención alguna ni del tipo de contrato (****de duración determinada o por tiempo indefinido****) ni de las retribuciones que reciben los trabajadores».***

1.b Discordança plecs i quadre personal a subrogar

Discordança plecs i quadre subrogació, Resolució TACRC 509/2020: Una cosa es que la Administración tenga en cuenta en determinados contratos los salarios establecidos por los convenios colectivos aplicables e, incluso, la antigüedad y los pactos individuales en vigor que afecten al personal a subrogar, a efectos del cálculo de un presupuesto base de licitación que se adecue a los precios del mercado, y otra bien distinta es que la Administración pierda de alguna manera la competencia de poder determinar el número de horas que son necesarias para realizar correctamente la prestación, que es lo que sucede en el presente caso

1.c Personal no inclòs en els costos

Resolució TACRC 83/2022: l'òrgan de contractació no ha fet una valoració de costos correcta i d'acord amb la doctrina anteriorment descrita, perquè no hi ha un desglossament per categories i gènere, fins al punt de constar-se que manca haver tingut present una categoria o despesa necessària per al contracte com és la funció de cuina

III. Qüestions i altres contingències

Impugnació directa o a través entitats segons grau

1. Impugnació Directa o Indirecta

Legitimació Qualsevol persona física o jurídica amb drets o interessos legítims, individuals o col·lectius, que s'hagin vist perjudicades o puguin resultar afectades, de manera directa o indirecta, per les decisions objecte del recurs.

Problema. art. 50.1.b) LCSP : No se admitirá el recurso especial en materia de contratación contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente

Resolució 1056/2019 TACRC: admet recorrer i presentar-se a la licitació si el fedecte no imposibilita presentar oferta

Moltes gràcies i fins aviat!!!

Impulsat per:

Promogut i finançat per: