

JORNADA SACAC

La incidència de diverses normatives sectorials en el dret de la contractació pública.

12 de novembre 2019 – Palau Macaya

Jurisprudència Contenciós Administrativa (STS 847/2019, de 18/06/2019)

- Rebutja la possibilitat de que els plecs imposin la subrogació
- L'obligació de subrogació només pot derivar:
 - a) Successió d'empresa (Art. 44 ET)
 - b) Previsió conveni col·lectiu
- Segons TS una clàusula subrogatòria en els plecs:

“Excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos - administración contratante y adjudicatario - en la medida en que dicha cláusula supondría establecer, en un contrato administrativo, estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria”



Art. 130 LCSP

- La jurisdicció contenciós administrativa es remet a la social, perquè es declara incompetent per conèixer un contingut netament laboral.

DOCTRINA Sala Social TS fins STS Ple 873/ 2018 de 27/09/2018

- Vàlida l'exclusió del règim subrogatori comú (**Art. 44 ET**) per part del conveni col·lectiu.
- Quan el conveni obliga a l'assumpció de la plantilla preexistent en supòsits addicionals als legals, malgrat es produeixi una successió de plantilla, no s'ha d'acudir a la regulació comuna doncs el que s'ha pactat opera com una millora.

DOCTRINA REVISADA SALA SOCIAL TS A PARTIR STS PLE 8732018 DE 27/09/2018.

- Hi ha transmissió d'empresa enquadrible a l'article 44 ET, si la successió de contractes va acompanyada de la transmissió d'una **entitat econòmica**, entre les empreses sortint i entrant.
- **En les activitats on la mà d'obra constitueix un factor essencial, l'assumpció d'una part rellevant del personal adscrit a la contrata (en temes quantitatius o qualitatius) activa l'aplicació de l'Art. 44 ET.**
- El fet de que l'assumpció d'una part rellevant de la plantilla derivi del que estableix un conveni col·lectiu, no impideix l'aplicació d'aquesta nova doctrina.

LA NOVA DOCTRINA "ANUL.LA" LES PREVISIONS CONVENCIONALS QUE ESTABLEIXEN L'EXONERACIÓ DE RESPONSABILITATS DEL NOU CONTRACTISTA.

CLÀUSULA. ALTRES OBLIGACIONS DEL CONTRACTISTA.

El contractista té l'obligació de respondre dels salaris impagats als treballadors afectats per subrogació, així com de les cotitzacions a la Seguretat Social meritedes, encara en el cas que es resolgui el contracte i aquells siguin subrogats per un nou contractista, i sense que en cap cas aquesta obligació correspongui a aquest últim. En aquest cas, l'Administració/ entitat contractant/ nom de l'entitat que contracta, un cop acreditada la manca de pagament dels salaris esmentats, procedirà a la retenció de les quantitats degudes al contractista per a garantir el pagament d'aquests salaris, i a la no devolució de la garantia definitiva fins que no s'acrediti l'abonament d'aquests.”

INSTRUCCIÓ 2/2019 DE LA DIRECCIÓ GENERAL DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA, PER A LA
INCORPORACIÓ D'UNA CLÀUSULA SOBRE L'OBLIGACIÓ DEL CONTRACTISTA DE RESPONDRE
DELS SALARIS IMPAGATS A TREBALLADORS AFECTATS PER SUBROGACIÓ (18/07/2019).

IMPACTE A LA LLEI 9/ 2017:

— EXONERACIÓ DE RESPONSABILITATS PREVISTA A L'APART. 6 DE L'ART. 130 ÉS CONTRÀRIA A L'ART. 3.1 DE LA DIRECTIVA 2001/ 23.

PRIMACIA DEL DRET EUROPEU

SUBROGACIÓ AAPP CAS DE REVERSIÓ

Art. 130.3 LCSP: “En cas que una Administració Pública decideixi prestar directament un servei, que fins la data venia sent prestat per un operador econòmic, vindrà obligada a la subrogació del personal si així ho estableix una norma legal, un conveni col·lectiu o un acord de negociació col·lectiva d'eficàcia general” (“que li sigui d'aplicació?”).

– Relació amb l'Art. 308.2, 2on paràgraf LCSP.

Art. 3.1 D 2001/ 23: “Els drets i obligacions que resultin per al cedent d'un contracte de treball o d'una relació laboral existent a la data del traspàs, seran transferits al cessionari com a conseqüència de tal traspàs”.

“A LES AAPP EN CAS DE REVERSIÓ DEL SERVEI PÚBLIC ELS ÉS D'APLICACIÓ LA DIRECTIVA EUROPEA 2001/ 23 TRANSPOSADA PER L'ART. 44 DE L'ESTATUT DELS TREBALLADORS”.

DISPOSICIÓ ADDICIONAL 26^a LPGE 2017 (declarada inconstitucional STC 122/ 2018 per no ser matèria de regulació en una llei pressupostària):

- Les AAPP en cas d'extinció de contracte (per compliment o resolució inclòs el rescat) no poden considerar empleats públics als treballadors dels contractistes ni poden incorporar-los amb aquesta condició.
- Preveia l'aplicació sobre successió d'empreses (aquesta previsió va desaparèixer a la D.Final 42^a LPGE 2018 d'idèntic contingut).

**FINALITAT: REGULAR LES SITUACIONS DE CANVI DE MODALITAT DE GESTIÓ
INDIRECTA A DIRECTA DELS SERVEIS PÚBLICS.**

DISPOSICIÓ ADDICIONAL 34^a.2 LPGE 2017 estableix:

2. La prohibició d'atribuir la condició d'indefinit no fixe a personal temporal, **[ni al personal d'empreses que a la seva vegada tinguin un contracte administratiu amb l'Administració respectiva]**, llevat quan es derivi d'una resolució judicial.

[Declarat inconstitucional]

– L' **[incís]** de la LPGE 2017 ha estat reproduït a la DA 43^a LPGE 2018 amb idèntic contingut!! ➡ *INCERTESA*

TRANSFONS POLÍTIC DA 26^a i DA 34^a: DISUADIR O OBSTACULITZAR QUE ES DUGUESSIN A TERME PROCESSOS DE REVERSIÓ, ESPECIALMENT EN L'ÀMBIT LOCAL, DEIXANT ALS TREBALLADORS CEDITS EN UN "LLIMB JURÍDIC".

QUALIFICACIÓ JURÍDICA PERSONAL AFECTAT PER LA REVERSIÓ.

- **PERSONAL INDEFINIT NO FIX:** la relació laboral es manté fins amortització o cobertura reglamentària del lloc de treball ➡ EMPLEATS PÚBLICS SEGONS EBEP
- **PERSONAL SUBROGAT ***
- **PERSONAL AMB MANTENIMENT DE LA CLASSE DE CONTRACTE QUE OSTENTAVA AMB ANTERIORITAT A LA CESSIÓ (PLAÇA A EXTINGIR) ***

* No tindrien la consideració d'empleats públics.

L'Art. 308.2 AVALA (?) LES ANTERIORS DISPOSICIONS PRESSUPOSTÀRIES:

“Contracte de serveis 308.2, 2on paràgraf:

*A l'extinció dels contractes de serveis no podrà produir-se, en cap cas, la **consolidació** de les persones que hagin realitzat els treballs com personal de l'entitat contractant ...”*

A què es refereix el terme “**consolidació**”?

- No es pot referir a la no assumpció de la plantilla sortint
- S'ha de referir necessàriament a la no adquisició de la condició d'empleat públic amb plaça en propietat

ACCIÓ DIRECTA CONTRA ANTERIOR CONTRACTISTA PER HAVER DONAT MALAMENT LES DADES DEL PERSONAL A SUBROGAR:

- Art. 130.5 LCSP
- Acció directa si costos laborals superiors
- Reclamació danys i perjudicis derivats informació falsa o errònia
- Jurisdicció competent: civil
- Termini de prescripció (relació extracontractual)
 - Codi Civil comú: **1 any** (Art. 1968)
 - Codi Civil català: **3 anys** (Art. 121-21 Llibre primer)

CONVENI SECTORIAL APLICABLE

La Comissió de Convenis Col·lectius del Consell de Relacions Laborals ha publicat:

“Guia de convenis col·lectius aplicables a la contractació pública”

https://treball.gencat.cat/ca/consell_relacions_laborals/convenis_colectius/conveni_a_aplicar/contractacio_publica/index.html

És una relació orientativa d'equivalències entre les activitats principals objecte de contractació i els convenis col·lectius sectorials aplicables.

AGRUPACIÓ	OBJECTE DE CONTRACTE	CONVENI APLICABLE
-----------	----------------------	-------------------

Es poden evacuar consultes a la Comissió Tècnica de Negociació Col·lectiva del CRL.

VALORACIÓ MILLORES SALARIALS

- Informe Junta Consultiva de 6/2018, de 16 de novembre
- Directriu 1/2019 Direcció General de Contractació Pública

<https://contractacio.gencat.cat/web/.content/gestionar/normativa/instruccions-dgcp/directriu1-2019.pdf>



PROCEDÈNCIA DE VALORAR EN ELS CONTRACTE DE:

- Sectors amb mà d'obra intensiva (cost personal >80% cost total)
- Sectors amb molta oferta laboral
- Contractes vinculats a l'atenció directa a les persones

CAL JUSTIFICACIÓ EN L'EXPEDIENT

CANVI DE CONDICIONS DE TREBALL D'UN CONVENI

REGLA GENERAL: l'execució del contracte corre a risc i ventura del contractista (Art. 197 LCSP)

- Junta Consultiva de contractació pública de l'Aministració General de l'estat:
Resolució de 10 de setembre de 2018.

EXCEPCIONS (?):

Exemple:

Afectació als CET,s de l'increment SMI 2019 a 900 € (Δ 22'3 %)  RISC IMPREVISIBLE