

# GESTIÓN PRIVADA, CONTRATACIÓN TEMPORAL Y CALIDAD EN EL EMPLEO

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Sevilla\*

Senior Counsellor, PwC

## EXTRACTO

**Palabras clave: cláusulas sociales, contratación pública europea, dumping social, reforma laboral**

La garantía de un mercado de trabajo inclusivo es una cuestión de particular relevancia en la actualidad, pues la crisis está devaluando las condiciones de vida y de trabajo. Las reformas laborales agravan el problema al facilitar los ajustes laborales a la baja. En este contexto, las políticas de contratación pública se convierten en un instrumento útil para reforzar la integración de sus mercados de trabajo a través del uso estratégico de cláusulas sociales a favor del empleo de calidad. Tradicionalmente, se han puesto grandes obstáculos a su reconocimiento -sentencia “Rüffert”-, en virtud del principio de libre competencia. Sin embargo, hoy se destaca una tendencia, legal y jurisprudencial, a garantizar su inclusión en los contratos públicos, sobre todo con la entrada en vigor de la nueva Directiva comunitaria (2014/24/UE), si bien hay numerosas dudas en torno a la fijación de sus límites, en aras del principio comunitario de proporcionalidad

## ABSTRACT

**Key words: social clauses, European public procurement, social dumping, labour markets reform**

The guarantee of an “inclusive labor market” is an issue of particular relevance today, because the crisis is devaluing the conditions of life and work. Labor reforms exacerbate the problem by facilitating the wage cuts. In this context, public procurement policies become useful the inclusiveness of their labor markets: the “strategic use” of social clauses in favor of quality employment. Traditionally, they have been major obstacles to recognition of these social clauses -example: judgment of the European Court of Justice Rüffert-, under the principle of free competition. This paper illustrates how member states and contracting authorities can make the best use of the possibilities offered by the new Public Procurement Directive (2014/24/EU) to achieve social policy objectives through public procurement.

\* Grupo de Investigación PAI SEJ-322; Este trabajo es un resultado científico del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R, “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico”.

## ÍNDICE:

1. PRESENTACIÓN
2. LA TEMPORALIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL Y EL DEBATE SOBRE SUS CAUSAS
3. EL PAPEL DEL SECTOR PÚBLICO EN LA TEMPORALIDAD
4. LA GESTIÓN PRIVADA COMO FACTOR DE PRECARIZACIÓN
  - 4.1. El factor administrativo
  - 4.2. El factor laboral
  - 4.3. Intentando corregir el modelo
5. LAS OTRAS PRECARIZACIONES
6. CONCLUSIONES

## 1. PRESENTACIÓN

La gestión privada de servicios y actividades públicas es un fenómeno complejo, que se explica por diversas razones, y que produce múltiples efectos. Sus implicaciones laborales son evidentes y bien conocidas, habiendo sido objeto de atención por la comunidad laboralista desde que comenzó a generalizarse<sup>1</sup>. Sanguinetti, uno de los mejores conocedores de este fenómeno, apunta “*las profundas repercusiones de un fenómeno en principio puramente organizativo*”<sup>2</sup>. Desde un primer momento han preocupado sus efectos en las distintas dimensiones de las relaciones laborales, desde el volumen de empleo hasta la retribución de éste, pasando por la defensa colectiva de los trabajadores afectados y la calidad de su ocupación. En una primera fase, cuando se produce una transferencia de servicios de la prestación privada a la pública, preocupó sobre todo la forma en que se produce este cambio de responsabilidades, y cómo afectaría éste a los trabajadores originalmente adscritos a los prestadores públicos<sup>3</sup>. En la actualidad, cuando este proceso se ha culminado en gran parte y un porcentaje importante de los servicios públicos está atribuido en su gestión a operadores privados, lo que se estudia es cómo afecta a los empleados de éstos, si el hecho de trabajar para un empleador de este tipo tiene consecuencias para los trabajadores.

<sup>1</sup> Entre otros muchos, puede consultarse el excelente y pionero trabajo de J. Cruz Villalón & P. Rodríguez-Ramos Velasco, “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, nº 3, 1998, pg.9.

<sup>2</sup> En W. Sanguinetti Raymond, “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *Revista de Derecho Social*, nº 39, 2007, pg.1, en pg.5.

<sup>3</sup> Una muestra de este tipo de análisis en T. Gómez Álvarez, “*La transformación de las Administraciones Públicas. Aspectos laborales y perspectivas de futuro*”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004. Desde una perspectiva de gestión de los recursos humanos M. Tisner, “Las transformaciones del modelo de relaciones laborales en los procesos de privatización”, *Capital humano*, nº11, 1998, pg. 68.

El enfoque a la hora de estudiar estos efectos fue en unos primeros momentos el de compararlos con la situación anterior en su actividad, cuando ésta era operada directamente por sujetos públicos; hoy, cuando nos enfrentamos a una realidad en la que esta forma de gestionar los servicios públicos está normalizada y es común, se trata más bien de evaluar en términos absolutos y objetivos qué tipo de empleo se genera; y puestos a comparar, se hace no sólo con los trabajadores públicos sino también con los privados que trabajan en lo mismo, pero no en servicios privatizados. Los trabajadores de servicios públicos privatizados se han convertido así en una especie de *tertium genus*, entre los públicos y los privados, cuyo estatus real es en la mayoría de los casos peor que el de los unos y el de los otros. Sometidos estrictamente al Derecho del Trabajo privado, el hecho de que sus empleadores trabajen por cuenta de las Administraciones Públicas tiene importantes consecuencias, que no van precisamente en la dirección de aportarles algunas de las ventajas tradicionalmente reconocidas a los empleados de éstas.

La hipótesis de partida de este trabajo es que el proceso de externalización de servicios y actividades públicas está teniendo un indudable efecto en el mercado de trabajo en España, afectado a las pautas de contratación y en general a la calidad del empleo. A esta conclusión llegan la mayoría de los estudios que sobre esta cuestión se han realizado, y que aparecerán citados a lo largo de estas páginas. A lo largo de su desarrollo se analizará cómo y porqué se ha producido este efecto, identificando las razones tanto organizativas como normativas que lo explican.

En el estudio de esta cuestión subyace otra, que no es exclusiva de ésta sino que es general en el análisis de las alternativas organizativas que tienen impacto en las relaciones de trabajo: hasta qué punto los efectos sobre el empleo y los trabajadores son una consecuencia de una decisión que se adopta con otros fines, o si por el contrario son el objetivo a conseguir desde un primer momento, y han justificado la propia decisión empresarial. En otras palabras, si las decisiones se toman realmente por motivos organizativos extralaborales, o si son las cuestiones relacionadas con los trabajadores las que realmente las condicionan. Este debate se ha planteado en relación con la externalización de servicios públicos; es común en otras instituciones laborales, como en general todo lo relativo a la descentralización productiva, cuyas consecuencias laborales son bien conocidas, llegando a poner en entredicho la propia eficacia del Derecho del Trabajo tradicional. Se ha reproducido últimamente respecto de las nuevas formas de empleo 3.0, especialmente del trabajo a través de plataformas<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Existe ya cierta bibliografía iuslaboralista sobre el trabajo 3.0. Entre otros pueden consultarse A. Todoli, “El impacto de la “UBER economy” en las relaciones laborales: los efectos de las

Conocer el impacto de estas formas organizativas en los trabajadores es una perspectiva imprescindible para entender el fenómeno y valorar su evolución en España. No basta ya con las visiones financieras, centradas en los costes de gestión, o técnicas, atendiendo a la calidad de los servicios prestados. Los costes sociales, entendidos en términos de calidad del empleo de los trabajadores asignados a su prestación, resultan igualmente relevantes. A la hora de calcular los costes de estas decisiones de organización de la actividad del Estado, que tienen un fuerte componente político e incluso ideológico, y en las que las Administraciones retienen una importante capacidad de elección, hay que recoger toda la información y organizar así un debate adecuado. Sólo así podremos, como ciudadanos, decidir si ha valido o no la pena.

El momento es especialmente oportuno. Llevamos dos décadas de privatizaciones, que se han producido a mayor o menor ritmo pero siempre en una misma dirección, y es una ocasión para generar una visión completa de cómo han funcionado éstas. En un momento, además, en el que nuestro mercado de trabajo afronta serias dificultades, ya cronificadas en muchos casos, que afectan seriamente a la calidad de vida de la ciudadanía, corresponde investigar qué papel ha tenido la decisión de asignar al gestor privado actividades públicas en la aparición y desarrollo de éstos. Pero estamos viendo, además, una situación política muy singular, al menos en el contexto de la historia reciente de nuestro país, en la que han aparecido fuerzas políticas en cuyos programas se incluye un replanteamiento de este modelo de gestión pública, anunciando un retorno a la prestación directa por parte de entes públicos. Aunque el término “nacionalización” no se ha utilizado de manera abierta y general, sí que ha comenzado a hablarse de “remunicipalizaciones” (en los llamados “Ayuntamientos del Cambio”), de la necesidad de constituir operadores públicos en determinados sectores de actividad (como el financiero), de la oportunidad de alejar determinados servicios de la lógica estricta de mercado impuesta por las privatizaciones (tal es el caso de la energía eléctrica, respecto de la cual se proponen nuevas lógicas en su prestación, para huir de la pobreza energética, pero también en su generación, a través de un marco más favorable al autoconsumo)... La práctica judicial pone de manifiesto cómo la “reversión” de actividades es ya una realidad, que plantea sus propios problemas jurídicos<sup>5</sup>.

plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor* 3/2015; A. Ginès Fabrellas, & S. Gálvez Duran, (2016), “Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016; y M. Rodríguez-Piñero Royo, “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, *Derecho y Creatividad*, 2016.

<sup>5</sup> Véanse al respecto los trabajos de J. Ortega Bernardo & M. De Sande Pérez-Bedmar, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos

Y se ha señalado la existencia, por motivos económicos e ideológicos, de “*un cambio de tendencia que se manifiesta en la práctica, cada vez más extendida, consistente en recuperar buena parte de los servicios externalizados para prestarlos directamente por la propia Administración*”<sup>6</sup>.

Lo cierto es que son tiempos de cambio, y precisamente uno de los campos en los que algunas fuerzas políticas y sociales explican una mayor insatisfacción es el de las privatizaciones, especialmente en la gestión de servicios públicos. Si a las objeciones sobre su impacto en los ciudadanos se suman las sospechas generalizadas a partir de la ola de escándalos de corrupción que han sacudido en tiempos recientes a nuestro país (escándalos que en muchos casos tienen su origen en la concesión de contratos de servicios públicos, siendo éste un aspecto de las dinámicas de gestión privada que están perennemente bajo sospecha), su cuestionamiento está más que justificado. Disponer de una valoración de su impacto desde una perspectiva social, en los trabajadores adscritos a los servicios privatizados, como la que aquí se pretende debe servir para completar y mejorar este debate, ahora más actual pero igualmente más necesario que nunca.

## **2. LA TEMPORALIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL Y EL DEBATE SOBRE SUS CAUSAS**

No hace falta aportar datos u opiniones sobre el problema de la temporalidad en el mercado de trabajo español. La enorme presencia de contratos de duración determinada en nuestra población activa se ha convertido a la vez en uno de los problemas principales de nuestras relaciones laborales, y en una seña de identidad de nuestro mercado de trabajo, ya prácticamente a la misma altura que el otro problema y rasgo identificador, el desempleo. Ambos van a la par, y así paro y temporalidad constituyen los dos enemigos a batir por nuestras políticas laborales y de empleo, por más que desde algunas posiciones se presenten como prioridades alternativas, de tal modo que hay que elegir entre la una o la otra, porque la temporalidad es un instrumento para reducir el desempleo, y limitarla lo incrementaría.

y laboral”, *Revista de Información Laboral*, nº 6, 2016 ; también I. Beltrán De Heredia, “Art. 44 ET, reversión del servicio (y, en especial, de los Servicios Públicos) y sucesión de contratistas”, en su blog, “*Una mirada crítica a las relaciones laborales*”, <http://ignasibeltran.com/>, publicado el 4 de noviembre de 2015; y M. De Sande Pérez-Bedmar, “La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, *Documentación Laboral*, nº 106, 2016, pg. 95.

<sup>6</sup> A.m. De La Puebla Pinilla, “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, Nº 17, Mayo 2016;

La relevancia de este fenómeno ha hecho que sea uno especialmente bien conocido y estudiado, del que tenemos gran aporte de datos y explicaciones. Las dificultades para corregir este comportamiento del mercado laboral y para explicar el escaso impacto de las medidas adoptadas con este fin implican que, seguramente, no disponemos de toda la información y no conocemos todos los mecanismos que producen este llamativo efecto.

Esto nos lleva al debate sobre sus causas, que lleva ya mucho tiempo entre nosotros, y en el que por lo general hay más acuerdo que desacuerdo. Existe un alto nivel de consenso en torno a una serie de éstas, las que tienen que ver con elementos estructurales de nuestra economía y de nuestra legislación laboral, y un importante disenso sobre el grado de implicación de la clase empresarial española en el crecimiento del fenómeno

Este debate se ha complicado, además, por el tiempo transcurrido desde que la temporalidad comenzó a ser percibida como un problema en nuestro mercado de trabajo, en los años noventa del siglo XX<sup>7</sup>. Además de las modificaciones normativas, que han sido constantes pero no profundas, se han vivido cambios en los mercados, en las estrategias empresariales, en el grado de apertura e integración de nuestra economía, en los comportamientos de los trabajadores, que han afectado a sus niveles en nuestro mercado de trabajo. Sea como fuere, lo cierto es que la composición del mercado de trabajo y las características de la temporalidad que se producen en su seno en la segunda década del siglo XXI tienen poco que ver con la que se encontraban en las últimas del XX.

Hoy tenemos un importante problema de lo que las instituciones comunitarias denominan como “trabajo muy atípico”, una categoría con la que pretende diferenciar situaciones particulares dentro de la más amplia del trabajo atípico. Esto se debe a que esta categoría omnicompreensiva, la de trabajo atípico, ha perdido en gran medida su valor referencial, habiendo quedado obsoleta desde el momento en que estas formas de empleo (tiempo parcial y trabajo temporal, básicamente) se han generalizado y normalizado; y también como consecuencia de la diversificación de situaciones en que pueden encontrarse estos trabajadores<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Una interesante reflexión actualizada sobre esta cuestión se encuentra en la monografía de I. Beltrán de Heredia, *“La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato de trabajo. Manifestaciones de la conservación del contrato de trabajo”*, Aranzadi, Pamplona, 2008

<sup>8</sup> En su sentido original, la “atipicidad” se definía por exclusión, siendo atípico todo empleo en el que faltara algunas de las notas del que se consideraba típico: uno por tiempo indefinido, a jornada completa, en la sede de la empresa. Con el tiempo este concepto, originalmente descriptivo, ha perdido este papel porque la realidad que refleja ha dejado de ser anormal o extraña en el merca-

Con la denominación de “trabajo muy atípico” se hace referencia a formas de trabajo atípico tradicional cuyo elemento de atipicidad es muy marcado: corta duración en el trabajo temporal, jornada muy reducida en el tiempo parcial...<sup>9</sup> El elemento cuantitativo (lo escaso de la duración o de la jornada) se considera suficientemente relevante como para implicar cambios cualitativos en el tipo de trabajo. La Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo señala que con esta denominación se hace referencia “*a contratos laborales de duración determinada muy breves, de menos de seis meses de duración, al trabajo a tiempo parcial de menos de 10 horas a la semana, a los contratos verbales y al trabajo “cero horas” o puntual*”.

Junto a este trabajo muy atípico podemos considerar otro fenómeno, el de las denominadas “formas de empleo casual” (“*Casual Work*”), que presentan una gran irregularidad y se articulan de una manera alternativa a la tradicional. En esta categoría encontraríamos figuras como los contratos de cero horas, los minijobs, el trabajo a llamada, los *free-lances* o el trabajo a través de plataformas on-line<sup>10</sup>.

En España estamos viendo una gran incidencia de este fenómeno, especialmente del trabajo temporal extremo (contratación de muy escasa duración) y el trabajo a tiempo parcial extremo (con jornadas laborales muy pequeñas). Por ello junto a las explicaciones tradicionales sobre la temporalidad, que siguen siendo en gran medida válidas, hay que considerar también otras nuevas, que se han sumado a éstas y sobre las que todavía no hay un consenso completo. Este dato, unido a la propia complejidad del fenómeno, aconseja adoptar un enfoque amplio, que incluye una pluralidad de perspectivas. Lo que implica valorar un número amplio de factores causales, que interactúan y se refuerzan para producir una peculiar composición de nuestra ocupación; y evitar aquellas explicaciones que se centran en uno o pocos de éstos. Esta pluralidad causal explicaría, entre otras cosas, las dificultades para revertir esta tendencia en la política de contratación de las empresas, puesto que las medidas adoptadas

do de trabajo; de la misma manera que el empleo típico ya no constituye la normalidad en éste. Ha pasado a tener un valor más bien normativo, donde “trabajo típico” debe entenderse como “trabajo de calidad” y “trabajo preferido”.

<sup>9</sup> Véase el informe del European Observatory of Working Life, “*Flexible forms of work: ‘very atypical’ contractual arrangements*”, accessible en <http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/flexible-forms-of-work-very-atypical-contractual-arrangements>

<sup>10</sup> En muchos casos, una forma particular de empleo puede encuadrarse en ambas categorías, y es común que las prestaciones de servicios casuales acaben siendo técnicamente empleo muy atípico. Pero puede haber también empleos muy atípicos a través de figuras contractuales tradicionales, señaladamente los contratos de duración determinada o a tiempo parcial.

hasta la fecha responden en general a modelos basados en una lista corta de causas.

La capacidad de afectar negativamente al mercado de trabajo de un gran número de factores debe llevar a un cambio en la perspectiva de análisis, y en lugar de buscar aquellos elementos que pueden tener este efecto parece más adecuado valorar cómo cualquier medida laboral o de empleo puede impactar en el grado de temporalidad. Esto es, aplicar la técnica de la transversalidad, ya conocida en otros ámbitos laborales, para poder determinar cómo se comportará el empleo a partir de la implantación de una determinada iniciativa, pública o privada. Los enfoques propios de la responsabilidad social corporativa o de la auditoría sociolaboral pueden resultar útiles también para comprobar cómo una medida afectará a la calidad del empleo que genera<sup>11</sup>.

La postura más generalizada ante el problema de la temporalidad en España en las últimas décadas ha sido explicarlo sobre la base de una serie limitada de factores, tanto económicos como normativos. La enumeración de éstos resulta sencilla: la existencia de un marco jurídico permisivo, resultado de una sucesión de reformas laborales desde principios de la década de 1980 que, por consideraciones relacionadas con la promoción del empleo, flexibilizaron el uso de los contratos temporales; la generalización del fraude en la utilización de las diferentes figuras contractuales, fruto tanto de las malas prácticas empresariales como de la debilidad de los mecanismos de control, sobre todo de los administrativos y judiciales; la existencia de una “cultura de la temporalidad” en el empresariado español, resultado de años de poder disponer de manera prácticamente libre de estos instrumentos de flexibilidad; el carácter estacional de algunos de los sectores más potentes de nuestra economía, como el turismo o la agricultura; la existencia de un “diferencial de ajuste” o “de protección” entre trabajadores fijos y temporales, que hace que las decisiones empresariales con efectos en el empleo resulten muy costosas para los primeros, y prácticamente inexistentes para los segundos...

En función de estas causas se dibujan las soluciones<sup>12</sup>. Ante las explicaciones normativas las respuestas apuntan en la dirección de reducir el abanico de figuras

<sup>11</sup> Puede consultarse el interesante trabajo de Calvo Palomares, “La auditoría sociolaboral como herramienta de gestión de las organizaciones: la visión de los trabajadores y sus representantes”, en AA.VV., “*Crisis y desigualdad. Alternativas sindicales. II Congreso de trabajo, economía y sociedad*”, Fundación 1º de Mayo, Madrid, 2016, pg.195.

<sup>12</sup> Una propuesta reciente propugnando cambios normativos que contribuyan a reducir la temporalidad de nuestro mercado de trabajo en A. Baylos Grau, “Temporalidad y precariedad laboral: revertir la situación normativa”, en “*El Blog de Antonio Baylos*”; accesible en <http://baylos.blogspot.com/es/>



contractuales, y de aumentar la presión inspectora sobre las empresas. Frente a la diferencia de costes de ajuste entre empleo fijo y temporal se imponen indemnizaciones para la extinción de los segundos, y se reducen las ya existentes para los primeros, o se propone la equiparación de los regímenes extintivos mediante figuras como el contrato único. Los factores culturales se afrontan con incentivos al empleo fijo combinados con sanciones por el uso excesivo de contratos de duración determinada, o apelando a la responsabilidad social corporativa. La estacionalidad se quiere compensar con figuras contractuales *ad hoc* que aseguren a los trabajadores cierta estabilidad, según el modelo del fijo discontinuo.

Esta explicación de nuestra singularidad laboral tiende a completarse con otras que reconocen la existencia de otros factores estructurales en nuestra economía que potencian el uso del trabajo temporal. Entre éstos se incluyen las estrategias productivas que adoptan nuestras empresas de manera generalizada<sup>13</sup>. Así, la descentralización productiva como forma básica de organizar la actividad de las empresas es central en las economías contemporáneas, y afecta profundamente a las relaciones laborales<sup>14</sup>. A pesar de que la externalización es en teoría una opción empresarial que se adopta por otros motivos, es claro que estos efectos se producen, y pueden ser devastadores en todos los ámbitos laborales, hasta el punto de que se le ha achacado un efecto distorsionador sobre el Derecho del Trabajo en su conjunto<sup>15</sup>. Lo cierto es que en muchos casos son estos efectos laborales los que justifican la preferencia por formas descentralizadas de producción, más que otras consideraciones de especialización o eficacia. El ahorro de costes que supone lo es sobre todo por los laborales; y el redimensionamiento de la organización que se pretende es principalmente reducir el volumen de empleo directo, sustituyéndolo por otro indirecto. Su tratamiento por la legislación laboral, aun así, continúa anclado en un modelo que asume que las consideraciones laborales se mueven en el plano de los efectos, no en el de los motivos.

<sup>13</sup> En general F. Valdés Dal-Ré, “Nuevas formas de organización de la empresa: globalización y relaciones laborales”, en F. Valdés Dal-Ré, & J. Lahera Forteza (coords.), “*Relaciones Laborales, organización de la empresa y globalización*”, CINCA-Fundación Largo Caballero, Madrid, 2010.

<sup>14</sup> La bibliografía iuslaboralista al respecto es amplísima. Entre otros muchos, M.L. Mole-ro Maraño, “El impacto laboral de la descentralización productiva”, en F. Valdés Dal-Ré, & J. Lahera Forteza (coords.), “*Relaciones Laborales, organización de la empresa y globalización*”, CINCA-Fundación Largo Caballero, Madrid, 2010.

<sup>15</sup> Me remito a la clásica formulación de F. Valdés Dal-Ré en su conocido estudio “Descen-tralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº2, 2001, pg.79.

En la práctica la subcontratación ha actuado como un mecanismo de precarización del empleo, al convertir cualquier servicio en temporal y al regirse por condiciones de trabajo diferentes y peores<sup>16</sup>. Ya dijo en su momento Cruz Villalón, que “*la descentralización productiva induce a acentuar en la práctica la temporalidad en la contratación laboral*”<sup>17</sup>.

Habiendo los tribunales laborales considerado que el prestar servicios para una empresa que opera como contratista de otra es causa suficiente para celebrar un contrato de duración determinada, concretamente por obra o servicio determinado, la consecuencia ha sido que aquellas actividades en las que se trabaja principalmente a través de contratistas se han convertido en generadoras de empleo temporal, en muchos casos precario<sup>18</sup>. El hecho de que el empleado lo es de la empresa contratista y no de la principal justifica la aplicación de un régimen convencional distinto al que ésta aplica a sus propios empleados. Las precarizaciones se multiplican, como veremos.

Este impacto laboral de la descentralización productiva es bien conocido, y ha sido afrontado sobre todo por la negociación colectiva, ante un legislador laboral poco atento y una jurisprudencia laboral anclada en visiones tradicionales de esta figura. En algunos casos sí se ha optado por un enfoque más incisivo que el tradicional, como ha ocurrido con el caso de las empresas de trabajo temporal, una forma extrema de descentralización productiva; con la subcontratación en la construcción; o con las propuestas en España para importar de la regulación del trabajo temporal alguna solución que mejore las condiciones de los trabajadores de empresas contratistas, en particular la regla de la equiparación salarial.

Otro factor que está incrementando el uso del trabajo temporal es la implantación de la gestión de proyectos como forma de organizar la prestación de servicios y la producción manufacturera. La gestión por proyectos supone articular la actividad de las organizaciones productivas no como una línea de productos

<sup>16</sup> En extenso W. Sanguinetti Raymond, “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, nº 36, 2006. Un reciente estudio monográfico en B. Freire De Albuquerque, “*Subcontratación y precarización del trabajo. Un estudio comparativo de la norma laboral brasileña y española*”, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, *passim*.

<sup>17</sup> En Cruz Villalón, J., «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», en AA.VV., “*El empleador en el Derecho del Trabajo*”, Tecnos-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999.

<sup>18</sup> Montoya Medina habla de “*la expansión del fenómeno descentralizador y el debilitamiento del principio de estabilidad en el empleo*”; en su trabajo “La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas”, *Relaciones Laborales*, nº 6, 2006, pg.253.

o servicios, sino como una sucesión de iniciativas concretas, con un horizonte temporal limitado, que se agotan con su propia realización. Esta forma de producir simplifica los procesos, aligera las organizaciones y plantillas, facilita la gestión financiera de la organización, entre otros efectos. Cuando se funciona por proyectos, todo es temporal: lo que se va a introducir en el mercado; los medios dispuestos para hacerlo; las personas encargadas de llevarlo a cabo. Sólo se adquieren los recursos necesarios, y únicamente en la medida en que resultan estrictamente necesarios.

Presentado como una reacción a la volatilidad de los mercados y al ritmo acelerado de los cambios tecnológicos, la realidad es que no se trata sólo de una adaptación a estos nuevos entornos, sino de toda una estrategia empresarial dirigida a abaratar los costes de producción. Los efectos en el empleo de estas estrategias empresariales son fáciles de entender: menor generación de empleo; mayor rotación de las plantillas; utilización intensa de la contratación temporal.

Junto a estos factores existe otro no exclusivo pero sí muy típico de España, que es el papel del sector público, del que ahora nos ocuparemos.

### **3. EL PAPEL DEL SECTOR PÚBLICO EN LA TEMPORALIDAD**

Las Administraciones y el resto de entidades públicas constituyen el mayor empleador en las economías contemporáneas, independientemente del tipo de organización de este sector y del modelo social de cada país. Como tal, el impacto de su actividad es fundamental, afectando directamente a las pautas de comportamiento del mercado de trabajo, tanto en cuanto al volumen de ocupación como, muy especialmente, a las características de éste. Concretamente en España se ha identificado un efecto especialmente preocupante en las últimas décadas que es su contribución al engorde de la burbuja de temporalidad. Se ha constatado que en las últimas décadas estos empleadores, tradicionalmente considerados como generadores de empleo permanente a través del modelo funcional, han cambiado sus esquemas de contratación para comenzar a emplear de manera sistemática empleo temporal, tanto asalariado como funcionario; y ha pasado a ser un factor más en el proceso de precarización del empleo en nuestro país<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Desde la doctrina económica, M. Fernández-Gutiérrez & D. Díaz-Fuentes, “Empleo público y temporalidad: ¿es el sector público parte del problema?”, *Temas Laborales*, nº 102, 2009, pg. 51, que llegan a afirmar que “*la evidencia empírica muestra cómo, corrigiendo los efectos de determinadas características de los empleados y de los puestos de trabajo, ser asalariado del sector público implica una mayor probabilidad de tener un empleo temporal*”

Esta constatación dio lugar a que en su momento el Consejo Económico y Social del Reino de España aprobara un informe de iniciativa propia sobre “*La temporalidad en el sector público*”<sup>20</sup>, texto del año 2004 que sigue siendo a día de hoy un referente en este asunto. El informe parte de la existencia de “*una preocupación común y creciente por este problema*”, que se traduce no sólo en la iniciativa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de solicitar al CES su elaboración, sino en toda una serie de informes y documentos anteriores, incluido uno del Defensor del Pueblo. La principal conclusión a la que llega el informe es “*la existencia de una creciente y excesiva temporalidad, que sobrepasa lo que vendría justificado por las necesidades de las Administraciones Públicas de garantizar el servicio ante necesidades técnicas, coyunturales y urgentes*”.

De todo el informe del CES sobre temporalidad en el empleo público en general, y de las conclusiones en particular, se desprende una valoración muy negativa de la forma en que las administraciones públicas están gestionando su política de recursos humanos, que está generando un crecimiento importante del empleo temporal en su seno. Hay que tener en cuenta que en el empleo público las causas que llevan a la contratación temporal son diferentes a las del sector privado<sup>21</sup>: mientras que en éste, en teoría, la causa de la contratación temporal es una demanda de mano de obra temporal, normalmente porque el puesto de trabajo a que ésta da lugar también lo es, en el sector público la causa más normal de temporalidad es la imposibilidad de cubrir de forma definitiva un puesto de trabajo que en sí mismo es permanente. Es más, dada la naturaleza de las actividades desempeñadas por el sector público, son pocas de éstas las que responden a una demanda temporal, ya que el sector público presta servicios de interés general que por lo general son permanentes; desde luego, mucho menos de las que las cifras de temporalidad en este sector parecen indicar. No en vano el modelo de relación de servicios que se asocia con el empleo público es de naturaleza permanente, funcional o laboral por tiempo indefinido. Son, curiosamente, los procedimientos y garantías establecidos para el acceso al empleo público, en cumplimiento del mandato constitucional de hacer que en éste se garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad, los que fuerzan a las Administraciones a acudir a empleos temporales, para poder cubrir provisionalmente estos puestos de trabajo en tanto no culmine la cobertura definitiva; así como algunas particularidades de la relación funcional que

<sup>20</sup> Informe nº 3/2004, aprobado en el Pleno de este órgano de 22 de diciembre de 2004.

<sup>21</sup> De la misma opinión son M. Fernández-Gutiérrez & D. Díaz-Fuentes, *ibidem*, para quienes “*se observa como los factores que inciden en la toma de decisiones acerca de la modalidad de contratación siguen en el sector público ciertos patrones diferenciados de los del sector privado*”

obligan a cubrir puestos provisionalmente vacantes, por mantener su titular el derecho a reocuparlos.

Con estas particularidades, lo cierto es que la contratación temporal en el sector público se ha disparado, con grandes bolsas en ciertos sectores y administraciones concretas, porque no se ha sabido dar respuesta a las demandas que la legislación sobre empleo público plantea a un gestor de recursos humanos:

- la necesidad de limitar el acceso al empleo público a través de procesos altamente formalizados, en los que se garantice la igualdad y se compruebe el mérito y la capacidad de los candidatos;
- la necesidad de garantizar la disponibilidad de obra adecuada, en cantidad y calidad, para gestionar de forma eficaz las administraciones y servicios públicos;
- la necesidad de cubrir las vacantes que se plantean en las plantillas públicas, sin que se puedan ocupar de forma definitiva éstas por existir el derecho a la reserva del puesto de trabajo;
- la aplicación de limitaciones presupuestarias estrictas, que limitan el incremento del empleo indefinido

El gran volumen de empleo implicado, dadas las dimensiones del sector público en la España del siglo XXI; la necesidad de poner en marcha administraciones enteras en un plazo muy breve, como consecuencia de la construcción del Estado de las Autonomías; y el gran número de candidatos a cubrir los empleos puestos en el mercado explican también, al menos en parte, las dificultades que han afrontado éstas. Pero lo cierto, y los distintos informes que se han puesto en circulación sobre el particular en los últimos tiempos así lo ponen de manifiesto, es que hay un grave problema de mala gestión de la temporalidad; así como una importante contribución de los empleadores públicos al crecimiento de este problema.

La forma más evidente en la que se produce este efecto es mediante el recurso a contratos de duración determinada por estos empleadores<sup>22</sup>, en su condición de empleador público. Pero este informe identifica otro factor causal en el fenómeno que analiza: la mayor presencia de la gestión privada de los

<sup>22</sup> En extenso M.A. Norte, “*Temporalidad y laboralización del empleo público*”, Universidad de Murcia, 2015

servicios públicos. En sus palabras, *“una reflexión amplia sobre el problema de la temporalidad pública requiere llevar a cabo una revisión en profundidad de la política de externalización de servicios y actividades que vienen realizando las Administraciones”*<sup>23</sup>. Coincide en esta valoración con la generalidad de las opiniones de los expertos en temas laborales, que venían llamando la atención sobre el efecto precarizador de las distintas modalidades de gestión indirecta<sup>24</sup>.

La opción por externalizar es en realidad una decisión política con efectos organizativos, más que una puramente organizativa como muchas veces se pretende presentar. Se opta por esta modalidad de prestación sobre la base de diversas consideraciones de coste, eficiencia y oportunidad; pero también de acuerdo con una visión del mundo y de la acción política, un programa de gobierno, una orientación ideológica. Baylos Grau ha descrito de manera brillante el discurso que sostiene la privatización, identificando las tres ideas que lo basan: que la gestión privada resulta más económica que la pública, es decir que cuesta menos; que permite a los entes públicos contar con inversiones de mantenimiento garantizadas por las empresas adjudicatarias del concurso sin que haya carga presupuestaria ni se amplíe el capítulo 1 en gastos de personal; y que la gestión privada es más eficiente que la pública. Y añade: *“desde esta superioridad evidente, la “gestión indirecta” de los servicios municipales es la fórmula victoriosa durante la etapa del boom inmobiliario, que se querrá prolongar durante la legislación de la crisis”*<sup>25</sup>.

La externalización es presentada no sólo como una elección puramente técnica, sino también como decisión que se toma al margen de cualquier consideración laboral; según se ha dicho, la consecución de objetivos en el plano laboral se sitúa fuera del ámbito de la fundamentación nuclear de la conveniencia del recurso a la privatización de la gestión de servicios públicos<sup>26</sup>. En efecto, al basarse en el encargo a empresarios independientes de actividades que son competencia de las Administraciones implicadas, con el fin de que sean éstos quienes las desarrollen con sus propios medios y personal, la gestión indirecta se configura en principio como una técnica de gestión sin incidencia inmediata

<sup>23</sup> Conclusión nº 8.

<sup>24</sup> Sanguinetti habla de la existencia de una doble vía de precarización del empleo en el ámbito de las Administraciones Públicas, representada por el juego combinado de dos mecanismos muy distintos entre sí: de un lado, el recurso poco riguroso de las modalidades de contratación temporal; del otro, la utilización extensiva de la gestión indirecta de los servicios públicos; *Ibidem*.

<sup>25</sup> En A. Baylos Grau, “Privatización y externalización de servicios en la contratación pública y problemática laboral”, en el Blog *Según Antonio Baylos*, accesible en <http://baylos.blogspot.com.es/2016/04/privatizacion-y-externalizacion-de.html>

<sup>26</sup> Sanguinetti, *ibidem*.

sobre la aplicación de las normas laborales. Esto es así en la medida en que al concesionario privado le son de aplicación, en sus relaciones con los trabajadores que ha contratado con tal fin, las normas generales que rigen la prestación de trabajo asalariado, sin que el hecho de que su actividad se dirija a atención de un servicio público tenga por qué suponer especialidad alguna<sup>27</sup>.

Sin embargo, esta pretendida neutralidad laboral no es tal, desde dos puntos de vista. Por un lado, no es cierto que no produzca efectos laborales, como veremos. Hay una elección que se adopta por parte de los responsables políticos, cuya consecuencia es la descentralización de la prestación del servicio; ésta, a su vez, tiene sus efectos en los aspectos laborales de esta prestación: el empleo que generar pasa de público a privado; su gestión pasa de directa a indirecta; y, desde un punto de vista cualitativo, en vez de generar empleo de calidad pasa a producir uno precario. Por otro, es también falso que las consideraciones relacionadas con el trabajo estén ausentes en la adopción de esta estrategia por parte de sus responsables, porque cuando éstas se plantean como objetivo principal la reducción del gasto público es claro que se buscan sobre todo vías para limitar los costes laborales, puesto que éstos son uno de los principales componentes de aquél.

El informe del Consejo Económico y Social no sólo señala a esta práctica administrativa como factor de incremento de la temporalidad<sup>28</sup>, sino que apunta también algunas líneas de actuación para reducir este efecto<sup>29</sup>:

- Se debe delimitar con claridad y certeza jurídicas qué actividades y servicios pueden ser objeto de externalización y cuáles deben permanecer en el ámbito de la gestión directa por las propias Administraciones Públicas por constituir el núcleo esencial de su actividad.
- La Administración debería ajustar la contratación administrativa de prestación de obras y servicios a unas condiciones de duración y de remuneración de los contratos que propicien una mayor solvencia de las empresas contratistas y una mayor estabilidad del personal a su servicio, así como la existencia de una plantilla real de personal al servicio de las concesionarias.

<sup>27</sup> Sanguinetti, *ibidem*,

<sup>28</sup> Para el CES ambos mecanismos tienen en última instancia un efecto semejante desde dicha perspectiva: hacer posible la sustitución de las que en principio serían relaciones permanentes con la Administración encargada de la prestación del servicio por vínculos temporales con ésta o con la entidad privada concesionaria del mismo.

<sup>29</sup> CES, *ibidem*.



Con esto nos aporta un dato a mi juicio importante: que la causa de la inestabilidad del empleo del personal de estas empresas es consecuencia no sólo del hecho de ser contratistas externos, de que se haya externalizado la actividad, sino también de las condiciones en las que tal contratación se ha producido. No es solo externalizar, es hacerlo buscando reducir costes y aumentar la flexibilidad lo que produce un empleo de baja calidad. Porque la administración, igual que puede elegir prestar directamente un servicio o encargarlo a un tercero, en el segundo caso decide qué tipo de encargo va a hacer, con qué duración, a qué precio. Puede optar por establecer relaciones estables con sus proveedores externos, o inestables<sup>30</sup>. Todos estos factores incidirán directamente en el tipo de empleo que se genera; empleo que, no debemos olvidar, en muchos casos va a sustituir a otro directo en el ente público, generalmente de calidad, al menos estable.

Lo cierto es que en España este proceso de adjudicación a la gestión privada ha tenido un impacto muy negativo en las relaciones laborales. Baylos ha señalado que los costes sociales de esta estrategia pública han sido especialmente altos. Para este autor, la privatización ha supuesto salarios menores y condiciones de trabajo más estrictas, una reducción de puestos de trabajo y simultáneamente un incremento de la carga de trabajo de los trabajadores externalizados<sup>31</sup>.

Esto tiene una explicación: en los últimos años han coincidido dos procesos o fenómenos, que han interactuado entre sí para impulsar la pérdida de calidad del empleo en este peculiar sector. Uno ha sido la estrategia de privatización de la gestión de servicios públicos, que en modo alguno es una decisión técnica o neutral. El otro ha sido las ingentes presiones para reducir el gasto público, consecuencia sobre todo de la gobernanza europea en un contexto de crisis. Haciendo abstracción de las dificultades que atravesaba nuestra economía y el crecimiento de las necesidades sociales, se nos ha obligado a reducir el gasto público para cumplir con unos objetivos de déficit público con poco realismo y mucha rigidez. En este marco se recurre a privados para reducir costes; para redimensionar los sujetos públicos; para

<sup>30</sup> Señala Más Sabaté lo siguiente: “*en efecto, según sea la política de externalización adoptada por la Administración Pública, puede generar un entorno estable, con relaciones contractuales a medio y largo plazo con sus proveedores (lo cual redundará positivamente en la calidad de los empleos y, por extensión, beneficiará a todos los ciudadanos) o, por el contrario, puede crear un entorno inestable, basado en relaciones contractuales a corto plazo, extremadamente competitivas y que no pueden sino repercutir negativamente en los empleados y en los ciudadanos en general: abuso de contratos temporales, de trabajo a tiempo parcial o de trabajadores de ETT*”. En J. Más Sabaté, “Gestión privada de servicios públicos: la externalización (outsourcing) en la Administración Pública”; V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo Domingo, Rep. Dominicana, 24 - 27 Oct. 2000, pg.6; accesible en <http://siare.clad.org/fulltext/0038535.pdf>.

<sup>31</sup> A. Baylos Grau, *ibídem*.



intentar, sin éxito, que la reducción del gasto público no se note demasiado en la calidad de los servicios prestados. La aceleración de la privatización de los últimos años es una consecuencia más de la crisis financiera mundial<sup>32</sup>. Y la deudocracia que está detrás de muchas de las medidas de los últimos gobiernos la ha incrementado<sup>33</sup>.

Ante la pregunta metodológica de Sanguinetti sobre si el encargo de la gestión de servicios públicos a sujetos privados es una vía alternativa de precarización del empleo público, la respuesta parece que debe ser necesariamente afirmativa<sup>34</sup>.

#### 4. LA GESTIÓN PRIVADA COMO FACTOR DE PRECARIZACIÓN

Aceptando que la gestión privada tiene un impacto, y no precisamente positivo, en las relaciones laborales corresponde explicar brevemente porqué se produce éste. Como se ha dicho, la decisión de externalizar es una teóricamente organizativa, cuyos efectos sobre los trabajadores serían en principio colaterales; estos efectos se producen por la interacción de diversos factores organizativos y normativos.

Entre los factores organizativos están, principalmente, los motivos por los que las administraciones acuden a la iniciativa privada. Encargando a ésta la prestación del servicio prevén obtener una serie de ventajas: mayor eficiencia pero sobre todo menores costes; la sustitución de empleo directo de la administración por otro de gestores privados, reduciendo artificialmente la dimensión de la propia plantilla; convertir los costes fijos del empleo directo en otros variables, a través de la sucesión de contratos públicos; forzar cambios en las partidas presupuestarias, pasando gastos del capítulo de personal al de servicios... Éstos objetivos dibujan un modelo de gestión privada basada en la temporalidad, la contención de costes y la optimización de los recursos, incluidos los humanos. En términos de gestión de éstos, esto supone empleo de duración determinada, más trabajo y menos retribución<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Sobre este debate, véanse las contribuciones al volumen de L. Ortega Álvarez (dir.), *“Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?”*, INAP, Madrid; en particular, el estudio de S. Rodríguez Escanciano, “Externalización y empleo público en régimen laboral”.

<sup>33</sup> En relación con las consecuencias laborales de la deudocracia me permito remitirme a mi trabajo M. Rodríguez-Piñero Royo, “La negociación colectiva en tiempos de deudocracia”, en J. Gorelli Hernández, *“El derecho a la negociación colectiva. Liber amicorum profesor Antonio Ojeda Avilés”*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, p.427.

<sup>34</sup> Sanguinetti op.cit., pg. I.

<sup>35</sup> Baylos señala que la relación directa que existe entre la noción de trabajo decente y las condiciones de empleo que garantizan la calidad, seguridad y eficacia del servicio se rompe en el caso de las privatizaciones, que además introducen como principal criterio de valoración el coste económico para fijar los efectivos y la extensión del servicio; en “Privatización y externalización

#### 4.1. El factor administrativo

Desde un punto de vista normativo la legislación de contratos del sector público juega un papel principal en la producción de este efecto<sup>36</sup>. Son varios de las reglas y principios contenidos en ésta los que contribuyen, interactuando unos con otros conformando un círculo vicioso. Basta con un análisis superficial del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) para comprobarlo.

De forma general el TRLCSP diseña un modelo de política de contratación que no presta una especial atención a sus consecuencias sociales o laborales. Ya en su artículo 1, que recoge su objeto y finalidad, se deja esto bien a las claras, indicando que *“la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*. No se percibe preocupación alguna que no tenga que ver con aspectos claramente económicos y financieros. Si de alguien se defienden derechos, es de los candidatos a contratar. Por no citar no se cita ni a los ciudadanos.

Tampoco ayuda a limitar los efectos potenciales sobre los trabajadores adscritos a los servicios públicos la amplitud con que el TRLCSP permite a las administraciones externalizar éstos<sup>37</sup>. En este sentido la regla general es que se admita el encargo a sujetos privados, y la excepción que no pueda hacerse. Así se desprende del artículo 275 TRLCSP, según el cual *“la Administración podrá*

de servicios en la contratación pública y problemática laboral”, en *“El Blog de Antonio Baylos”*; accesible en <http://baylos.blogspot.com.es/2016/04/privatizacion-y-externalizacion-de.html>.

<sup>36</sup> Un estudio general de esta legislación en M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “La contratación administrativa y sus principios informadores”, en AA.VV., *“De la ciudad y otras cosas: libro homenaje a Enrique Barrero González con motivo de su jubilación”*, Fundación Martín Robles, Sevilla, 2005, pg. 406

<sup>37</sup> Se trata de una cuestión compleja, que ha generado un importante debate doctrinal. Por todos véase J. Cantero Martínez, “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?”, *Documentación Administrativa*, nº 286-287, 2010, pg. 297

*gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*”. Dos son las únicas limitaciones que se establece, que el servicio implique el ejercicio de autoridad propia de un poder público; y que éste no sea susceptible de explotación por particulares. En todo los demás casos, que son muchos, cabrá esta opción<sup>38</sup>.

El tercer elemento de la fórmula que transforma la gestión privada en temporalidad es la obligación legal de que los contratos por lo que se tramita la gestión privada de servicios públicos tengan un carácter temporal. El artículo 23 TRLCSP establece con carácter general, para todos los supuestos de contratación pública, que *“sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas*”. Este último elemento, el que los contratos deban ser periódicamente licitados, acaba por introducir un factor de secuenciación en éstos, de tal manera que se irán sucediendo para un mismo objetivo. Para los contratos de gestión de servicios públicos el TRLCSP prevé una regla especial en su artículo 278, en el que leemos que éste *“no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto*”. La limitación de la duración del contrato es un elemento central para el modelo de contratación pública de la ley, e impone esta opción a todas las entidades a las que ésta se aplica. Tal carácter se traducirá en el elemento central para el efecto precarizador de la gestión indirecta de servicios.

Existe otro elemento en el modelo recogido en el TRLCSP que multiplica los impactos negativos de este modelo de prestación de servicios, la preferencia por los aspectos económicos en la selección de los sujetos públicos a los que se adjudicará ésta. El artículo 150 TRLCSP regula los criterios de valoración de las ofertas, recogiendo un número elevado de éstos. Se dice en concreto que *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al*

<sup>38</sup> También lo hacían sus antecedentes, el artículo 251 de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007, y el 155 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Este último señalaba como excepción a la posibilidad de gestión privada que los servicios de competencia de la Administración no tuvieran *“un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares”*, aclarando mejor el alcance de este mandato.

*objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes*". No aparecen, como se ven, referencias a los derechos de los trabajadores de las empresas. La única previsión sobre "satisfacción de exigencias sociales" se refiere no a éstos, sino a las que respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar.

El último inciso de este precepto es palmario y seguramente más sincero: *"cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo"*. En Estados Unidos tienen una expresión para esto: el "lowest bidder", la persona que ha ganado el concurso por haber presentado la oferta más baja; que algo lo ha fabricado el "lowest bidder" no quiere decir nada bueno.

#### **4.2. El factor laboral**

Estas reglas de la contratación pública resultan coherentes con lo dicho antes sobre los objetivos de las administraciones cuando externalizan servicios, potenciando sus resultados sobre el empleo. Pero no podrían por sí mismas producirlos si no fuera por su interacción con otras, esta vez laborales, que son las que en realidad viabilizan que la gestión privada se convierta en fuente de empleo temporal. Reglas que no son de origen directamente legal, sino que se trata más bien de construcciones jurisprudenciales generadas, eso sí, sobre un marco normativo muy permisivo.

Una línea interpretativa que ha tenido importantes consecuencias en este ámbito ha sido la de considerar equiparable la externalización de servicios públicos a la subcontratación del sector privado, a efectos de la aplicación de la normativa laboral sobre esta figura<sup>39</sup>. Esta jurisprudencia comienza a mediados

<sup>39</sup> Sobre esta equiparación, en extenso, García Perrote-Escartín & Goñi Sein, "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrata", en AA.VV., "Descentrali-

de la década de 1990, y se ha mantenido hasta ahora<sup>40</sup>. Estamos, pues, ante un supuesto especial de externalización, encuadrable dentro del supuesto de hecho del artículo 42 ET y del resto de normas (y construcciones jurisprudenciales) sobre subcontratación<sup>41</sup>.

Esta equiparación contrata-gestión privada ha generado el trasvase de otras líneas interpretativas propias de aquélla a ésta. La más relevante es la aceptación de la virtualidad de la contratación temporal por obra y servicio determinado en los supuestos de subcontratación<sup>42</sup>. Esta modalidad se convierte en el instrumento ordinario para el empleo de personas adscritas a esta modalidad de organización de la empresa por parte de empresas contratistas. Los tribunales laborales han producido una constante jurisprudencia sobre esta cuestión, hoy consolidada

*zación productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

<sup>40</sup> Según Salinas Molina, esta línea interpretativa se inicia en la jurisprudencia unificadora a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996, seguida por otros múltiples fallos. Para este autor, esta doctrina se puede sintetizar en los siguientes principios: a) El término «empresario», incluido en el art. 42 ET, debe equipararse al de empleador, y no limitarse, restrictivamente, al titular de una organización económica específica; b) La condición pública de la Entidad que, mediante contratación administrativa, adjudica la realización directa e inmediata del servicio concreto, que constituye uno de los servicios a cargo del ente público, a otra empresa, no puede hacer olvidar, ni desnaturalizar la naturaleza de la prestación; c) Una interpretación del art. 42 ET, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto «contratas o subcontratas» celebrados por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de «concesión administrativa» ya que, de una parte, la generalidad de los términos «contratas o subcontratas» no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otra, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión directa de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el ente público, dueño de la obra o servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida; d) es también jurisprudencia consolidada y doctrina generalmente compartida que la programación o financiación por parte de un organismo público de las actividades formativas o educativas de otras empresas o entidades no convierte a aquél en empresario de los empleados de éstas, ni da lugar tampoco por sí sola al supuesto de hecho del art. 42 del ET; Salinas Molina, “Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 38, 2002, pg.201.

<sup>41</sup> Sobre éstas la bibliografía es amplísima; entre otros muchos F.J. Calvo Gallego, «La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios», *Temas Laborales*, núm. 56, 2000; y J. Cruz Villalón, “Outsourcing y relaciones laborales”, en AA.VV., “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*”, MTAS, Madrid, 2000, pg. 277.

<sup>42</sup> Cuestión ésta bien estudiada entre nosotros; por todos me remito al completo estudio monográfico de D. Montoya Medina, “La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas”, *Relaciones Laborales*, nº 6, 2006, pg.253

y convertida en un elemento estructural de nuestro modelo de contratación laboral<sup>43</sup>.

Si la concesión o el encargo externo es un tipo particular de contrata; y si para ésta cabe el contrato de obra o servicio, entonces no hay más conclusión que la idoneidad de esta modalidad contractual para la prestación indirecta. La combinación de ambas ideas es devastadora para los empleados de empresas privadas gestoras de servicios públicos. En palabras de Antonio Baylos, “*la condición de trabajadores temporales es inseparable de la técnica de la privatización, más aun a partir de la doctrina del Tribunal Supremo español que hace equiparar el objeto del contrato temporal de obra o servicio determinado con la duración de la contrata*”<sup>44</sup>.

Se separan el servicio como tal y su prestación por los trabajadores, de tal modo que la limitación temporal o continuidad de la contratación de éste no van a depender de aquél, sino de un elemento jurídico, el contrato entre la administración y la empresa empleadora. Habrá, así, empleo temporal artificial, para una actividad permanente de la administración, cuya duración se limita como consecuencia de una decisión de la entidad pública. Se produce una clara descausalización de la contratación temporal en estos casos, y un ataque directo a la estabilidad en el empleo<sup>45</sup>. A la vez que se genera una diferencia de trato no justificada según el modelo de prestación del servicio público que se utilice: en el caso de prestación directa la contratación temporal exige una causalidad, que será la determinación en el tiempo del trabajo a realizar; mientras que en la indirecta esta causa se presume *iuris et de iure*, al convertirse el contrato de prestación de servicios en un elemento causal suficiente y perenne.

No es ésta la única doctrina jurisprudencial elaborada aplicando la normativa específica sobre contrata que se ha extendido al sector público y a sus prácticas externalizadoras. También lo ha sido la relativa a la transmisión de empresas en los supuestos de finalización de contrata. En estos supuestos, como es sabido, los tribunales no consideran que se produzca una sucesión de empresa

<sup>43</sup> Jurisprudencia que, como nos indica Montoya Medina, no mantuvo siempre esta posición, produciéndose una “*evolución de la jurisprudencia unificadora: de la proscripción a la admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado con ocasión de la concertación de una contrata de obras y servicios*”. En consecuencia, se “*ha de entender hoy por hoy predominante y ya consolidada la doctrina jurisprudencial que aboga por la licitud de la vinculación temporal del empresario contratista con sus trabajadores a través de contratos temporales por obra o servicio determinado durante el tiempo de ejecución de la contrata*”.

<sup>44</sup> A. Baylos Grau, *ibidem*.

<sup>45</sup> D. Montoya Media, *ibidem*.

del artículo 44 ET de manera automática, sino que exige un soporte material, la transmisión de una organización productiva en funcionamiento, incluyendo elementos materiales e inmateriales. Para esta jurisprudencia, que es el resultado de una evolución compartida entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo, la sucesión de la contrata no sería más que el negocio jurídico que puede, o no, producir el efecto de que se transmita una empresa o unidad productiva.

El resultado de que esta interpretación se haya extendido al régimen de los cambios de adjudicatarios en los supuestos de gestión indirecta de servicios ha sido la elaboración de una jurisprudencia bastante consolidada que considera que no en todos los casos se va a producir una sucesión de empresas. La fórmula fue acuñada por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993: *“ni la contrata si la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación”*. Esta doctrina es claramente deudora de la previamente acuñada para la sucesión de contratas en el sector privado, aplicándose *mutatis mutandi* en el público para los cambios en los gestores externos de servicios y actividades públicas. Ya desde los años noventa del siglo XX se viene aplicando la misma regla en uno y otro caso, de manera consistente, pudiendo afirmarse que *“la doctrina del Tribunal Supremo entiende que en los supuestos de sucesión o relevo de contratistas en las contratas administrativas no existe un fenómeno de sucesión de empresas del artículo 44 del E.T., y en consecuencia, no cabe entender que se produzca el efecto de subrogación empresarial, propio de la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del ET”*<sup>46</sup>.

Con esto se completa una verdadera trilogía de situaciones relacionadas con la gestión externa en las que para nuestro Tribunal Supremo se producen cambios de empleador, pero no necesariamente sucesión de empresa: no la hay cuando una actividad previamente desarrollada por la administración se encarga a un sujeto externo; tampoco cuando se cambia de proveedor; ni cuando se produce la reversión de esta actividad al ente público responsable<sup>47</sup>. Claro está que el hecho

<sup>46</sup> Según J. Martínez Fernández, “Cuestiones prácticas sobre la sucesión de empresa y la subrogación de contratos de trabajo en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, N° 116, 2012, pg. 72

<sup>47</sup> El Tribunal Supremo ha afirmado que, en caso de reversión a la gestión pública, *“la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial”*; y que no se produce sucesión empresarial cuando *“no consta transmisión alguna de elementos patrimoniales o estructura organizativa ni*



de que se rechace la aplicación del artículo 44 ET no significa que ésta no pueda ocurrir en ciertos casos, si se producen ciertas circunstancias.

### 4.3. Intentando corregir el modelo

Ambas cuestiones, la viabilidad de la contratación temporal por obra y servicio y la falta de aplicación automática del artículo 44 ET, han sido elementos fundamentales para generar la pérdida de calidad en el empleo de los trabajadores contratados por las gestoras externas. Siendo éste un efecto considerado nocivo, desde un primero momento se ha planteado la necesidad de buscar mecanismos que lo evitan o reduzcan, promoviendo la continuidad de las relaciones de trabajo de aquéllos empleados en estas actividades<sup>48</sup>.

Las posibilidades de intervenir sobre estos dos elementos no se han planteado sin embargo en iguales condiciones. Impedir el efecto precarizador de la externalización en el sector público por la vía más directa, imponiendo la contratación indefinida en todos los contratistas públicos u otra medida de efectos similares se presenta como una alternativa que plantea numerosas dificultades, ya que obligaría a forzar tanto las reglas laborales como las de contratación pública. Y estas últimas, como es sabido, tienen componentes fuera del alcance del legislador español, al provenir de Derecho unioneuropeo. Nos moveríamos directamente en el campo de los aspectos sociales de la contratación pública, las denominadas cláusulas sociales<sup>49</sup>, cuya viabilidad es objeto de debate y que son objeto de estudio en otro trabajo de este mismo monográfico, al que me remito.

*tampoco la asunción por el Ayuntamiento codemandado de una parte sustancial de la plantilla*"; apud. De La Puebla Pinilla, *ibidem*. Véase el estudio monográfico de I. Beltrán De Heredia, "Art. 44 ET, reversión del servicio (y, en especial, de los Servicios Públicos) y sucesión de contratistas", en su blog, "*Una mirada crítica a las relaciones laborales*", <http://ignasibeltran.com/>, publicado el 4 de noviembre de 2015. Así como, más recientemente, M. De Sande Pérez-Bedmar, "La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas", *Documentación Laboral*, nº 106, 2016, pg. 95 y S. De Soto Rioja.: "Sucesión de empresas y de contratistas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional", en *El Impacto de la Negociación Colectiva sobre la Segmentación Laboral* (J. Cruz, Coord.), Tirant lo Blanch, 2015, pg. 602.

<sup>48</sup> Un pionero estudio en J. L. Monereo Pérez, "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades", *Relaciones Laborales*, tomo 2, 1986, pg. 55.

<sup>49</sup> En extenso el trabajo monográfico de S. Rodríguez Escanciano, "*Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*", Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009. Pueden verse también, entre otros muchos, los estudios de C. Sáez Lara, "Las cláusulas sociales en los contratos del sector público", *Relaciones Laborales*, nº 14, 2009, pg. 493; y D. Martínez Fons, "*Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*", Fundación Alternativas, Documento de trabajo 153/2009.



Por ello se plantea como alternativa más viable intervenir en el otro elemento de la ecuación, las reglas sobre subrogación empresarial en la continuada sucesión de contratistas privados. Se trata de un elemento estructural como se ha visto en nuestro modelo de contratación del sector público, impuesto por la temporalidad en el encargo a operadores privados. Asegurar la continuidad de las relaciones laborales en los cambios de prestador externo se presenta como la opción más clara para poder mejorar la calidad de la contratación laboral en este sector, la más eficiente y la que tiene mejores posibilidades de implantación<sup>50</sup>.

Para ello debemos partir, como se ha visto antes, de la neutralidad de la operación desde el punto de vista de la aplicabilidad del artículo 44 ET; un encargo por parte de una administración pública a un gestor privado no supone *per se* que se produzca una transmisión de empresas, pero tampoco lo hace imposible. Será el sustrato material de la operación lo que determine que se trate o no de esta figura.

Al no tener asegurado el efecto subrogatorio de este precepto estatutario, tendremos que manejar mecanismos que aseguren su producción cuando cambia el contratista empleador, lo que abre varias opciones. Existen, como es sabido, múltiples “subrogaciones” en nuestro Derecho del Trabajo, compartiendo todas el efecto de alterar el polo empresarial de la relación de trabajo; el adjetivo que califica a cada una expresa el origen o el mecanismo que la produce. El Tribunal Supremo ha identificado cuáles son estos supuestos:

- La sucesión de empresa, la del artículo 44 ET, que genera una subrogación de origen legal que se produce como consecuencia de un hecho previo, la transmisión de una organización productiva.
- La subrogación convencional, la generada por compromisos pactados en los convenios colectivos aplicables en el sector o empresa en que se produce.
- La subrogación por cláusulas contractuales, que es la impuesta por la administración a las empresas que quieren contratar con ella la prestación de un servicio o la realización de una obra, a través de los pliegos de condiciones de contratación.
- La subrogación por sucesión de plantillas, fruto de una construcción jurisprudencial según la cual la asunción de una parte significativa de la plantilla,

<sup>50</sup> Un completo estudio se encuentra en la monografía de R. Fernández Fernández, “*La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de servicios públicos*”, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

en actividades en las que la mano de obra resulta el factor preponderante, supone una verdadera sucesión de empresas; sería un subtipo del primero de los tipos indicados.

Tenemos, pues, cuatro situaciones distintas cuyo efecto final es idéntico, la continuidad de la relación de trabajo con el nuevo prestador<sup>51</sup>; y los cuatro se pueden producir, y lo hacen, en la gestión privada de servicios públicos. Cada uno de éstos tiene sus propias particularidades, y sus efectos, aun compartiendo elementos comunes, también se diferencian

La subrogación por sucesión de empresas es seguramente la mejor conocida y regulada<sup>52</sup>; el efecto sobre los contratos de trabajo queda bien definido por el precepto estatutario de aplicación, completado por una voluminosa jurisprudencia comunitaria y nacional. La complejidad se sitúa en la identificación de su supuesto de hecho, esto es, cuándo un cambio de contratista determinado resulta encuadrable en el artículo 44 ET, para lo que habrá que prestar atención al conjunto de circunstancias, buscando la transmisión de una organización productiva en funcionamiento. En el caso de los contratos del sector público, en los que existe un servicio en activo y unos empleados trabajando, esto se determina atendiendo a la transmisión del soporte organizativo de la actividad, de los medios materiales con los que ésta se presta<sup>53</sup>. Estas situaciones se producen en

<sup>51</sup> Cabría añadir otro supuesto, al menos hipotético, que es el de la subrogación unilateral, que se produce cuando una empresa decide voluntariamente hacerse cargo de los empleados de la anterior prestadora del servicio, al margen de los casos anteriores y libre de cualquier obligación legal, convencional o contractual. Ésta se produce con bastante frecuencia en actividades tecnificadas, en las que la selección de personal cualificado puede resultar complejo. Siendo voluntaria tiene el alcance que la nueva empresa quiera darle, en cuanto a los trabajadores afectados y los derechos mantenidos. En estos casos sobrevuela siempre el riesgo de que se produzca una sucesión de plantillas, haciendo obligatorio para todos los trabajadores del anterior contratista o concesionario.

<sup>52</sup> Un análisis de este tipo de sucesión de empresas en F.J. Calvo Gallego, “Transmisión de empresas, sucesión de contratistas y sector público”, *Temas Laborales*, nº 114, 2012, pg. 205. También J. Moreno Gené, “Puntos críticos de la sucesión de empresas en las Administraciones Públicas”, en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg. 421.

<sup>53</sup> Una muestra de esta tipo de situaciones es el resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2013: “En el supuesto ahora examinado no estamos ante la sucesión de empresas, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Esta Sala, a partir de la sentencia de 5 de abril de 1993, ha señalado, a propósito de la subrogación establecida en el precepto referido, que “ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación”. De esta manera en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una “sucesión de plantillas”, en

ciertos servicios, bien por exigencias técnicas derivadas de su propia naturaleza, bien por tratarse de actividades previamente gestionadas directamente, para las que la administración ya se había dotado de la infraestructura necesaria. La cuestión se complica por la existencia de un claro conflicto de intereses en estas situaciones: a la empresa saliente y a los empleados les conviene que se aprecie la concurrencia de una sucesión de empresas, que asegura a la primera transmitir las responsabilidades laborales y a los segundos la continuidad en el empleo, manteniendo la antigüedad; mientras que al nuevo empresario le conviene lo contrario, para no verse forzado a aceptar plantilla y pasivo laboral. Esto asegura la conflictividad judicial, generando un litigio-tipo que complica la gestión de la contratación pública y genera riesgos para la administración, puesto que es común que las posibles demandas de los empleados incluyan una por cesión de trabajadores, buscando ampliar la responsabilidad que le pudiera corresponder en todo caso *ex artículo 42 ET*.

La subrogación convencional se produce cuando se pactan compromisos de transmisión de los contratos de trabajo en los convenios colectivos aplicables a las empresas adjudicatarias, generalmente de sector. Como es lógico, son aquellos convenios de aplicación en sectores en los que se trabaja generalmente mediante prestaciones de servicios a clientes externos, al amparo del artículo 42 ET, siendo el de las empresas de seguridad y los de hostelería los que son generalmente citados como ejemplos clásicos de esta solución. La jurisprudencia en torno a la aplicación de estas cláusulas es extensa, y ha inspirado la actuación de los tribunales respecto de los contratos del sector público.

Para el supuesto que nos ocupa se puede afirmar que las cláusulas de subrogación son comunes también en los sectores especializados en la prestación de servicios a las administraciones públicas. Podemos citar como ejemplo de éstos al Convenio colectivo estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, cuyo artículo 27 se ocupa de los supuestos de “subrogación del contrato con la Administración y empresas privadas”, y que contiene un sistema muy completo que se aplica “*cuando una empresa pierda la adjudicación de los servicios concertados mediante concurso público de gestión de servicios públicos, por resolución o terminación del contrato con la Administración, o terminación de contrato con entidades privadas*”, en cuyo caso “*la nueva empresa adjudicataria o contratista, estará obligada a subrogarse en los contratos laborales de los trabajadores que venían prestando ese servicio, respetando en todo caso la modalidad de contratación de los mismos, y los derechos y obligaciones que*

*aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, recurso 899/00, que recoge la doctrina comunitaria-“.*

*hayan disfrutado en los seis meses anteriores a la adjudicación en la empresa sustituida...”.*

En el Convenio colectivo de las empresas privadas que gestionan equipamientos y servicios públicos afectos a la actividad deportiva y de ocio encontramos un artículo 50 en el que las partes acordaron “*al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo, la subrogación del personal de las empresas que se sustituyan mediante cualquiera de las modalidades de contratación, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional de este Convenio colectivo*”. En concreto se especifica que la absorción del personal será de obligado cumplimiento para las empresas en dos supuestos: finalización de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas o prolongaciones provisionales y hasta la entrada de la nueva empresa, que unía a una empresa con el titular público de las instalaciones deportivas o el promotor de actividades socio-deportivas; y rescate, suspensión, rescisión, pérdida o cesión por parte del titular de las instalaciones deportivas o del promotor de actividades socio-deportivas, de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento.

En general en estos convenios encontramos una regulación muy completa y detallada, que incluye obligaciones de información también para la administración que gestiona el concurso. Su alcance suele ser muy amplio, imponiendo el trasvase de la totalidad o de la mayoría de los empleados adscritos al servicio, y el mantenimiento de sus condiciones de trabajo. Pueden ser, por lo tanto, muy eficaces en su tarea<sup>54</sup>.

Los problemas jurídicos en estas situaciones tienen que ver sobre todo con el alcance de las obligaciones de la nueva adjudicataria, identificando los trabajadores beneficiarios, condiciones a mantener y delimitación de las responsabilidades asumidas<sup>55</sup>. También ha surgido una problemática propia cuando las dos empresas implicadas no aplican el mismo convenio, rigiéndose una de ellas por uno que no contiene esta obligación. Para estos casos el Tribunal Supremo ha concluido que

<sup>54</sup> Un análisis de su eficacia en M. Cuenca Alarcón, “Los efectos jurídicos de la subrogación ex convenio en supuestos de sucesión de contratistas”, *Relaciones Laborales*, Nº 20, 2000, pg. 637.

<sup>55</sup> Un completo estudio de estos problemas aplicativos se encuentra en el trabajo de W. Sanguinetti Raymond, “Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, en R. Escudero Rodríguez (coord.), “*La negociación colectiva en España: una mirada crítica*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pg.99. También C. ARAGÓN GÓMEZ, “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo”, *Relaciones Laborales*, nº2, 2006, pg.1307.

debe regir el mecanismo de subrogación, aunque la nueva adjudicataria esté fuera del ámbito de aplicación del convenio que lo establece<sup>56</sup>.

Estos mecanismos subrogatorios son sin embargo especialmente frágiles ante situaciones de reducción en el alcance o cuantía de los sucesivos contratos públicos, muy frecuentes en estos momentos de crisis. Se plantea también el problema de que el Tribunal ha exigido en determinados sectores como requisito esencial para que opere la subrogación “la identidad del objeto de los servicios contratados”, lo que desactiva este mecanismo cuando se producen cambios sustanciales en el objeto de un contrato público y el siguiente<sup>57</sup>.

Las cláusulas de subrogación convencional en sentido estricto se completan con otro mecanismo que encontramos en otros sectores de sectores igualmente basados en la subcontratación: los compromisos de contratación. Por éstos la nueva adjudicataria queda obligada no a subrogarse en los contratos de la anterior, que se extinguen con el fin de la concesión o encargo, sino a contratar el personal que va a emplear de entre los redundantes. Con esto se asegura la continuidad del empleo pero con un alto componente de precarización, en el sentido de que los empleados lo son siempre por duración determinada, encadenando contratos con empleadores sucesivos, y perdiendo la antigüedad con cada cambio de éste; a cambio, con cada extinción reciben la pequeña indemnización por extinción de contrato temporal, “monetizando” su antigüedad. El ejemplo por excelencia de esta modalidad de cláusula la encontramos en el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing), sector en el que se trabaja

<sup>56</sup> Decisiva en este sentido fue la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011, en la que se plantea si la cláusula de subrogación por sucesión de contratos de limpieza prevista en el correspondiente Convenio Colectivo de esta actividad se debe o no aplicar cuando la empresa adjudicataria de una contrata de limpieza está catalogada e inscrita como centro especial de empleo, en cuyo convenio colectivo no figura tal tipo de cláusula subrogatoria para dicha actividad de limpieza. El Tribunal concluye con remisión a su propia doctrina en la materia según la cual y examinado el tenor del convenio colectivo de aplicación se establece una específica regulación y obligaciones para las empresas que en la referida provincia, y sea cualquiera su forma jurídica, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización, las que es dable entender que no pueden ser obviadas por otras empresas que, aunque en sus estatutos no figuren como su actividad los servicios de limpieza se dediquen a dicha concreta actividad, aunque aleguen que están encuadradas en otros Convenios colectivos que regulan una actividad completamente distinta a la de limpieza. En idéntico sentido la de 21 del mismo mes y año.

<sup>57</sup> Este es el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2013, en un supuesto de sucesión de contratos de seguridad en el Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe, donde concluyó que “*coincidiendo en esencia el objeto del contrato de la empresa saliente y de la entrante, ha de señalarse que es más amplio el de esta última, por lo que procede la subrogación en el contrato del actor, en virtud de lo establecido en el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad*”.

también mucho para administraciones públicas, que contiene un artículo 18 sobre “cambio de empresa de Contact Center en la prestación de servicios a terceros”. De acuerdo con éste, *“cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba, y la empresa principal volviera a sacar a concurso otra de características similares o semejantes a la finalizada, la empresa contratista de Contact Center, si fuera distinta a aquella que tuvo adjudicada la anterior campaña o servicio, vendrá obligada a:* 1. *Incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla.* 2. *Contratar a los trabajadores que han de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios...*”<sup>58</sup>.

Los efectos que generan cada una de estas soluciones varían: podemos encontrar así trabajadores con un contrato indefinido, que ven suceder a su empleador, acumulando una antigüedad que se transmite de uno a otro; mientras que otros encadenan contratos temporales con diferentes empleadores, generando y liquidando una pequeña antigüedad con cada uno. En muchos casos se produce una situación irregular, de legalidad más que dudosa, que se sostiene mientras el empleo se mantenga y los empleadores no hagan cambios. En tanto no haya problemas, no hay que entrar a analizar la validez de los cambios de empresa. Esto es sostenible si la administración contratante se preocupa de que las sucesiones se produzcan de forma no traumática, manteniendo las condiciones de la contrata sin grandes cambios. Lo malo es que en un contexto de crisis estos montajes contractuales han sufrido de los recortes impuestos por las administraciones, que han provocado que en cada cambio de contratista se reduzcan las condiciones laborales, el volumen de efectos, o ambos. Esto obliga a la nueva adjudicataria

<sup>58</sup> La aplicación de este artículo ha generado alguna controversia sobre el alcance del precepto, ya que en una primera fase algunos tribunales consideraron que se trataba de un mecanismo subrogatorio similar al presente en otros convenios, aunque luego se aceptó su verdadera naturaleza, distinta, como un mero compromiso de contratación. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2008, en la que se sostiene que la subrogación *“no se produce por la sucesión entre empresas cuando se trata de la ejecución de campañas, sino que se instrumenta un procedimiento específico, apoyado en tres pilares fundamentales: 1º) la empresa que se hace cargo de la campaña debe incorporar a un proceso de selección a la totalidad de la plantilla de la anterior empresa; 2º) la nueva empresa debe formar su plantilla integrando a un porcentaje concreto de la de la empresa anterior, variable según se ejecute la campaña en plataforma interna o externa, y con la condición de que la antigüedad de los trabajadores en cuestión sea al menos de un año; 3º) la nueva empresa ha de contratar nuevamente a tales empleados observando las exigencias establecidas respecto a salarios, “exclusivamente a los efectos de promoción profesional”, por lo que no se impone en todo caso la subrogación.”* 8653/2005. En resumen, *no estamos hablando de una subrogación automática, sino de una simple expectativa, que tiene ciertas consecuencias cuando esta no se produce del modo y forma que la regula la norma convencional (artículo 17 CC “contact center”)*”.

a intervenir, no haciéndose cargo de todos los trabajadores de la anterior, o alterando las condiciones que regían en ésta; en uno y otro caso perjudicando la posición de estos empleados.

Cuando surgen estos problemas se genera otra situación típica en nuestras relaciones laborales, generadora de un gran volumen de litigiosidad, en el que cada una de las partes defiende una posición contraria, similar a la que ya hemos visto: según interés, se defiende que hay o no sucesión de empresa; que hay o no cesión de trabajadores; que ha habido extinción de contratos temporales o despidos improcedentes. El trabajador no tiene más remedio que demandar a una y otra empresa, para acabar incluyendo en las demandas a la administración

En cuanto a la subrogación por cláusulas contractuales, que es la impuesta por la administración a las empresas que quieren contratar con ella la prestación de un servicio o la realización de una obra, a través de los pliegos de condiciones de contratación, se trata de un supuesto típico de cláusulas sociales en los contratos del sector público, que como se ha dicho serán analizados en otro estudio de este número monográfico, al que me remito. Siendo una cuestión hartamente compleja, baste afirmar en esta sede que este tipo de mandatos a los operadores privados es uno de los más frecuentes y menos controvertido de los muchos posibles. Es, de hecho, de los pocos reconocidos expresamente en nuestro Derecho: el artículo 120 del TRLCSP se titula precisamente “Información sobre las condiciones de Subrogación en contratos de trabajo”; y recoge unas reglas para facilitar la puesta en práctica de este efecto:

- el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria; esto se hace con la finalidad para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará hacerse cargo de esta plantilla
- la anterior contratista deberá proporcionar esta información al órgano de contratación, a requerimiento de éste

Estas reglas se aplicarán exclusivamente “*en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales*”, sin prejuzgar la decisión de la administración contratante sobre este particular<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> J. Martínez Fernández, *ibidem*.



El último supuesto de subrogación presente en nuestro Derecho es el que se produce por la llamada “sucesión de plantillas”. Es el resultado de una construcción jurisprudencial, generada también en el ámbito de la contratación pública<sup>60</sup>, según la cual la asunción de una parte significativa de la plantilla, en actividades en las que la mano de obra resulta el factor preponderante, supone una verdadera sucesión de empresas: *“un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción”*<sup>61</sup>. Nos encontraríamos en realidad ante un supuesto particular del primero de los tipos indicados, una verdadera sucesión de empresas en la que el efecto sobre los contratos de trabajo se produciría por mandato del artículo 44 ET, y con el alcance fijado por éste<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> El caso más conocido es el de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 1998, asuntos C-173/96 y C-247/96, Sánchez Hidalgo, en los que este órgano entendió que era aplicable la Directiva 77/187/CEE a un supuesto en que un Ayuntamiento adjudicó el servicio de ayuda a domicilio, en régimen de concesión a una determinada empresa y, tras finalizar la concesión, se lo adjudica a una nueva, que contrató a todos los trabajadores que venían prestando servicios para la anterior.

<sup>61</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la ha definido en los siguientes términos: el concepto de entidad que debe transmitirse para que se considere que existe una transmisión de empresas remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio; pues bien, *“dicha entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo, a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción”*; sentencia Martínez Vidal, antes citada.

<sup>62</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013 resume su doctrina de la siguiente manera: *“sobre la base de la compleja doctrina sobre la sucesión de empresa resumida en los puntos anteriores se ha construido la teoría denominada de la “sucesión de plantillas”, de acuerdo con la cual se da el supuesto de hecho legal de la sucesión de empresa en los casos de sucesión de contratos o concesiones de servicios en que concurren determinadas circunstancias o requisitos. El supuesto particular de sucesión de contratos o concesiones con “sucesión de plantillas” se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios (“empresa entrante”) sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades (“empresa saliente”) por cuenta o a favor de un tercero (empresa “principal” o entidad “comitente”); B) la sucesión de contratos o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la “empresa saliente”, encargando a la “empresa entrante” servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la “empresa entrante” ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la “empresa saliente”; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la “mano de obra” organizada u organización de trabajo”*.



Si bien se trata de un supuesto que se produce con frecuencia en el ámbito de la externalización de servicios públicos, su potencial como instrumento para reducir la temporalidad es reducido, pues la decisión de contratar a un mayor o menor número de empleados del anterior adjudicatario queda en manos del nuevo (a falta de otras obligaciones convencionales o contractuales). Lógicamente las empresas contratistas conocen esta jurisprudencia y actúan en consecuencia.

## 5. LAS OTRAS PRECARIZACIONES

A estas alturas del trabajo debe haber quedado claro el efecto precarizador de las políticas de privatización sobre la contratación laboral de las personas empleadas por los prestadores externos. Este efecto no se limita a la generación de empleo temporal, aunque esto sea seguramente el más llamativo, y crítico, sobre todo porque durante décadas ha sido la temporalidad la prioridad de la política laboral española. Lo cierto es que esta forma de organizar la prestación de los servicios públicos produce otros efectos negativos, otras “precarizaciones” en cascada que se suman a ésta, y que conforman unas condiciones de trabajo realmente pobres<sup>63</sup>. Este efecto se constata en una doble comparación: con los empleados públicos que adscritos a servicios similares no externalizados (o que lo estuvieron antes de que se encargaran a operadores privados); también con los trabajadores del sector privado que desarrollan actividades similares, pero no por cuenta de administraciones públicas. Lo llamativo es que estos empleados pierden cuando se comparan con unos y otros, conformando como se ha dicho un tercer sector laboral cuyos empleos son de menor calidad<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Denuncia Hernández Calvo que “la externalización de los servicios públicos como generadora de precariedad laboral y de aumento de la subcontratación” y que “el proceso de externalización se concreta en una progresiva sustitución de empleo público, cualificado y bien remunerado; por un empleo precario, desarrollado en peores condiciones, con una cualificación requerida sensiblemente menor y con peores salarios”. Apud M. Hernández Calvo, “La precariedad laboral de los Servicios Públicos” en AA.VV., “4º Congreso de Trabajadores Sociales. Los derechos en el Siglo XXI”, Septiembre 2007, accesible en <http://www.accionculturalcristiana.org/html/revista/r72/72prec.pdf>

<sup>64</sup> Baylos Grau dibuja un escenario muy negativo: “es además un dato evidente el incremento de la siniestralidad laboral en los trabajadores que prestan sus servicios en contratas respecto de las tasas de siniestralidad de quienes lo hacen para la empresa principal, la salud laboral está más amenazada desde la precariedad y los bajos salarios. En esa situación influye asimismo la pérdida de cobertura de la negociación colectiva, bien por el desplazamiento de los trabajadores a un convenio que tiene menos intensidad en la protección que el convenio aplicable en la empresa de origen cuyo servicio se externaliza, bien sencillamente porque la externalización implica que no haya convenio aplicable. Naturalmente estos desplazamientos suponen asimismo la debilitación de las estructuras representativas y en muchos casos de la propia presencia sindical”, en *op. cit supra*.

Es interesante señalar esto en un momento histórico, el de la gestión de los cambios producidos por la crisis financiera mundial, en el que el debate laboral no se limita a desempleo y temporalidad sino que otros aspectos del mercado de trabajo están generando igual o mayor preocupación: la devaluación salarial; la pérdida de cobertura negocial; el debilitamiento de la negociación colectiva; el empeoramiento de las condiciones de trabajo; las jornadas laborales abusivas, y el fraude en éstas... Nos movemos en un nicho del mercado de trabajo donde estos fenómenos se vienen produciendo desde hace tiempo, pionero de la devaluación salarial y la precarización total, lo que nos proporciona la posibilidad de valorar las medidas puestas en práctica en éste para procurar atajarlas.

Una primera precarización es la del empleador que contrata a estas personas. La decisión de externalizar en lugar de prestar directamente el servicio tiene un efecto inmediato: el cambio de empleador, que pasa de ser uno público a otro privado. Sujeto privado que, además, es uno especializado en esta actividad y en la contratación del sector público; de diferentes dimensiones y con otra filosofía de gestión. Va a ser, normalmente, un peor empleador desde la perspectiva de sus trabajadores. Esto genera, a su vez, diversos efectos negativos para éstos.

Una consecuencia es la pérdida del convenio colectivo aplicable al servicio, de haberse prestado éste directamente. Las condiciones laborales que aplicará a sus empleados serán las propias de su sector, por lo general peores de las previstas en el convenio de la administración para la que se trabaja. Cuando no dispone la empresa de su propio convenio, que puede ser utilizado como un factor de competitividad si recoge condiciones peores que las aplicables a las empresas competidoras; fenómeno éste potenciado por la reforma laboral de 2012 y su promoción decidida por la negociación de empresa. Todo esto teniendo en cuenta que el empleador privado tiene un claro incentivo para reducir las condiciones económicas en la medida de lo posible, como mecanismo para incrementar su competitividad en los concursos públicos; incentivo que en principio falta en el empleador público, o que al menos se encuentra más diluido. En estos sectores, en los que el mercado opera sobre todo a través de concursos públicos, el dumping social es una realidad, favorecida tanto por la legislación de contratación pública como por el Derecho del Trabajo reformado.

No es sólo esto: trabajar para prestadores externos de servicios puede generar la disolución del empleador propia de algunas formas extremas de descentralización productiva. Al estar asignados a contratos concretos, muchas veces en las instalaciones de la Administración contratante, la plantilla de la entidad empleadora se fragmenta artificialmente; se genera una situación de separación y aislamiento de estos empleados respecto del resto personas que

trabajan en éstas, que forman parte de su plantilla; se complica el ejercicio de los poderes empresariales y se diluyen las responsabilidades laborales. Se llega en muchos casos a la cesión de trabajadores, dándose lugar a toda una fuente de problemas para los trabajadores y la Administración.

La cesión de trabajadores en el sector público es una realidad<sup>65</sup>, y los tribunales laborales consideran que el carácter público de la entidad contratista-cesionaria no supone una mayor especialidad en la aplicación del artículo 43 ET que el hecho de generar la figura del “indefinido no fijo”<sup>66</sup>. Tan frecuente es esta declaración, y tan alto el riesgo de que se produzca en supuestos de externalización de actividades, que se ha generalizado la utilización en el sector público de “protocolos anticesión”, ya conocidos en el privado. Así, la Disposición adicional primera de Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, lleva por título el de “Medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración”, y establece la obligación de las entidades del sector público de dictar en sus respectivos ámbitos de competencia instrucciones para evitar la declaración de cesión de trabajadores cuando contraten servicios externos<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Entre otras muchas, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, de 11 de noviembre de 2003 y de 27 de enero de 2011. Sobre esta figura me remito a los trabajos de A. M. Moreno Márquez, “Cesión de trabajadores entre Administraciones Públicas”, *Aranzadi Social*, Vol. 4, N° 10 (feb), 2012, pg. 107; y A. V. Sempere Navarro, “Cesión de trabajadores a Administraciones Públicas”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, N° 7, 2003, pg. 77.

<sup>66</sup> Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que llegan a esta conclusión; entre otras muchas, la de 23 de abril de 2009, en la que se afirma que “*en los casos de cesión ilegal donde aparece implicada una Administración Pública (o una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las Administraciones Públicas) la declaración judicial que corresponde en aplicación del art. 43.4 ET es que el trabajador está vinculado a la entidad empleadora por contrato indefinido y no la de trabajador fijo*”.

<sup>67</sup> Esta Disposición adicional primera de Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, lleva por título el de “Medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración”, y establece que “*los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar ac-*

Estos protocolos especiales inciden en los aspectos más negativos de este empleo: mayor separación de los trabajadores públicos; utilización de medios productivos distintos; organizaciones ficticias... Lo más grave es que el trabajador pierde a su empleador real, al verdadero receptor de sus servicios y organizador de su prestación, que es la Administración. La externalización siempre tiene el riesgo de operar como una simple interposición en el contrato de trabajo.

A este supuesto de pérdida de empleador real hay que añadir otra situación común en estos ámbitos, el de la creación de uniones temporales de empresas para obtener y desarrollar el concurso<sup>68</sup>. El régimen jurídico de las UTEs en nuestro Derecho es, como es sabido, bastante escueto y deficiente, conteniéndose todavía en su mayor parte en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional, que ha sido modificada en reiteradas ocasiones. A efectos laborales los aspectos más relevantes de esta regulación son la capacidad de la UTE de actuar como empleadora, a pesar de su falta de personalidad jurídica<sup>69</sup>; la responsabilidad solidaria entre las empresas participantes respecto de los actos y operaciones realizados en beneficio del común<sup>70</sup>; y, sobre todo, su carácter temporal, que tiene consecuencias desde el punto de vista de la contratación laboral por ésta. Cuando se opta por este modelo la condición de los trabajadores se complica pues pueden ser empleados directamente por una entidad mucho más precaria, cuya provisionalidad está inserta en su código genético.

*tuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral. En el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias".* Un estudio completo de esta disposición en X. Boltaina Bosch, "Contratación y subcontratación administrativa en el sector público local y legislación laboral: la disposición adicional 1ª del R.D.-Ley 20/2012 y su imprescindible desarrollo normativo", *La Administración Práctica*, nº 3/2014.

<sup>68</sup> Sobre las consecuencias laborales del modelo de UTE, entre otros, véanse los trabajos de J.A. Soler Arrebola, "Aspectos laborales de las uniones temporales de empresas en el contexto de las redes de empresas", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº178, 2015, pg.139; y F. J. Pozo Moreira, "Determinación de la responsabilidad administrativa-laboral de las Uniones Temporales de Empresas (UTE) por infracciones a la normativa de prevención de riesgos laborales", *Actualidad laboral*, nº 8, 2004, pg.928.

<sup>69</sup> Según el art.7.2 Ley 18/1982, "*la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia*".

<sup>70</sup> Así lo dispone el artículo 8 de la Ley 18/1982, que señala como uno de los requisitos para constituir una UTE "*la responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros*".

El hecho de que la gestión privada se decida por consideraciones económicas produce otra precarización, la de las condiciones de trabajo de este personal, especialmente en aspectos salariales, pero también en jornada, carga de trabajo y en general la forma en que se desarrolla la actividad<sup>71</sup>. Esta pérdida de calidad en el desarrollo del trabajo tiene consecuencias, como el incremento de la siniestralidad tanto por la mayor carga de trabajo como por la menor inversión en prevención de riesgos laborales<sup>72</sup>. El impacto de los riesgos psicosociales es mayor, al haber cargas de trabajo mayores, más presión por parte de la empresa y un interés exclusivo de ésta en lograr sus objetivos al menor coste posible.

Otro elemento de precarización es la desestabilización del empleo. Es cierto que en muchos casos el empleo que se genera es temporal; pero es que incluso cuando se produce uno de carácter permanente éste queda sometido a una amenaza constante de despido<sup>73</sup>. La terminación del encargo por parte de la Administración Pública se convierte para la empresa prestadora del servicio en una causa de despido objetivo<sup>74</sup>; una causa de algún modo artificial, ya que el servicio continuará siendo prestado, aunque por otro sujeto empresarial. Al final mediante la externalización se introduce una nueva causa artificial tanto para justificar la temporalidad del contrato como para causar su terminación<sup>75</sup>.

Con este panorama, una precarización adicional afecta a la carrera profesional de estos trabajadores, que será eminentemente irregular y discontinua, encadenando contratos temporales sucesivos o cambiando de empleador continuamente. Esto impide generar en muchos casos una mínima antigüedad en el puesto de trabajo, y hace imposible la promoción profesional. Permanecerán

<sup>71</sup> Según Más Sabaté, *“los factores que impulsan a la externalización de servicios públicos son a menudo de índole económica, de búsqueda de una reducción de costes a corto plazo, como respuesta a un entorno crecientemente inestable. Esto induce procesos de externalización de tipo competitivo que, a su vez, generan más inestabilidad del entorno, con lo que se cierra un bucle marcadamente negativo, del que los beneficiarios son una minoría”*. Más Sabaté, op.cit., pg.5.

<sup>72</sup> Baylos Grau, *ibídem*.

<sup>73</sup> En relación con este efecto, y las posibilidades de restringirlo, J. De Val Arnal, “Los pliegos de cláusulas administrativas en la contratación Pública como fuente de regulación de condiciones de trabajo y barrera en las extinciones de personal en la Administración Pública por causa de la externalización del servicio”, *IUSLABOR*, 2014.

<sup>74</sup> Montoya Medina, *ibídem*.

<sup>75</sup> Sanguinetti, *“lo anterior supone que mediante la privatización de un servicio público, no sujeta en principio más que a la decisión de la autoridad encargada de su prestación, es posible transformar puestos originalmente permanentes en temporales. Y también justificar su desaparición por causas ajenas al desenvolvimiento de las actividades a que satisfacen”*; “Privatización de la gestión...”, op. cit., pg.7.

continuamente en los puestos de entrada de las plantillas sin poder avanzar en los escalafones de éstas, sin crecimiento económico ni ascensos funcionales.

Una precarización distinta tiene que ver con las condiciones de acceso a estos puestos de trabajo, que no serán muy buenos pero siguen siendo deseables en un país de altísimo desempleo. La conversión de empleo público en privado que se produce tiene como efecto desactivar los mecanismos de acceso típicos de aquél, basados en la transparencia y la igualdad de oportunidades entre todos los candidatos<sup>76</sup>. Empleadores privados contratan según los estándares de este sector, por más que estén prestando servicios públicos. Aunque existen mecanismos y prácticas para impedir este efecto, obligando a las empresas adjudicatarias a seguir determinados procedimientos cuando conforman sus plantillas, en una mayoría de los casos los ciudadanos pierden oportunidades de empleo según los principios de mérito y capacidad cuando los servicios se privatizan.

Existe, finalmente, una precarización adicional que afecta a la representación colectiva de este personal. La privatización supone que los empleados que van a desarrollar la actividad quedan excluidos del ámbito de representación de los órganos constituidos en la administración. Además, formando parte de equipos de trabajo adscritos a contratos públicos concretos; aislados del resto de la plantilla, de la de la administración y de la de la propia empleadora; en continua rotación; empleados por empresas de menores dimensiones, muy dispersas y sin centros de trabajo relevantes, las posibilidades de que sean efectivamente representados mediante algunos de estos órganos en la empresa adjudicataria son mucho menores. Esto debilita enormemente su posición, dejándolos sin medios para combatir las diversas precarizaciones antes enumeradas.

## 6. CONCLUSIONES

Una serie de procesos diferentes, desde la privatización hasta la colaboración-pública privada pasando por el *new public management*, se han impuesto en nuestras administraciones públicas como consecuencia de varios factores, en un contexto de deslegitimación de lo público. La tendencia hacia la privatización y la gestión externa ha parecido imparable durante décadas, y han llevado a que un porcentaje amplio de los servicios públicos esté en la actualidad gestionados

<sup>76</sup> Denuncia este efecto S. Rodríguez Escanciano, en su trabajo “Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad”, en AA.VV., “*I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*”, 2012, accesible en <https://iconline.ipleiria.pt/handle/10400.8/778>

por operadores privados, como propietarios o como adjudicatarios a través de diversas figuras contractuales.

Este proceso ha tenido efectos evidentes en muchos ámbitos, entre los que se encuentra el de las plantillas de estos servicios y actividades. Los trabajadores empleados por gestores privados han experimentado notables consecuencias en su vida profesional, en prácticamente todos los aspectos de ésta.

El efecto más llamativo ha sido el de la temporalidad del empleo en los sectores de gestión privada. La combinación de algunas reglas laborales y administrativas ha tenido como efecto imponer en este sector unas pautas de comportamiento basadas en la contratación de duración determinada, por extensión a éste de una serie de construcciones jurisprudenciales elaboradas previamente para los supuestos de subcontratación en el sector privado. Esto, unido a la tendencia a la utilización excesiva de estas mismas figuras contractuales cuando es la administración la que contrata, ha llevado a generar un verdadero problema de temporalidad laboral en el sector público, contribuyendo éste de manera decisiva a los problemas del mercado de trabajo español.

Tan sólo los mecanismos de subrogación contractual, especialmente los impuestos por normas colectivas o por las propias administraciones en sus condiciones de contratación, parecen haber tenido efectividad para limitar este proceso. Aunque por sí mismos no pueden generar unas pautas generalizadas de empleo de calidad en este sector.

Junto a la temporalidad la experiencia española ha demostrado que la gestión pública afecta al empleo en los servicios públicos de diversas maneras, por lo general reduciendo la calidad de éste: inferiores condiciones económicas y de trabajo; peores carreras profesionales; debilidad sindical; dilución del empleador; mayores riesgos laborales... Se dibuja así un sector del mercado de trabajo, a caballo entre el empleo público y el privado (aunque integrado jurídicamente en éste), con condiciones económicas y profesionales bastante deficientes por lo general.

Este fenómeno de precarización multidimensional tiene un particular interés en estos momentos por al menos dos motivos: el primero, que por primera vez en mucho tiempo se está planteando la oportunidad de esta tendencia, una vez se ha dispuesto de un margen temporal para valorar la experiencia y se han podido comprobar los costes sociales asociados; entre éstos, los asumidos por los trabajadores empleados en este sector, que han sido muchos. Y el segundo, que afrontamos un proceso de pérdida generalizada de calidad en el empleo



en todos los sectores del mercado de trabajo, tanto públicos como privados, como consecuencia de la crisis económica y de las políticas surgidas durante su desarrollo. Conocer la experiencia profesional de estas personas, de alguna manera adelantadas a lo están siendo las relaciones laborales del siglo XXI, resulta muy útil si se quieren buscar respuestas adecuadas.

Como respuesta a estos procesos de pérdida de calidad se han propuesto varias alternativas, que incluyen los llamados “enfoques neopúblicos”<sup>77</sup>, una nueva manera de entender las relaciones con los operadores privados, o la integración de consideraciones sociales en la contratación pública, asumiendo como un elemento natural en la toma de decisiones de la administración la calidad en el empleo que genere el gestor privado.

Estas modificaciones exigen cambios culturales y organizativos en las administraciones públicas, pero seguramente también un nuevo marco normativo, tanto en lo estrictamente laboral como en la regulación de los contratos del sector público. Cambios que se presentan harto difíciles en un contexto de Derecho del Trabajo ultraflexible y dentro de un proceso de integración europea claramente sesgado hacia ciertas visiones liberales de la economía, que se proyectan especialmente en el funcionamiento de las administraciones públicas. Las herramientas con que se imponen esta visión son múltiples y poderosas, desde la armonización del *public procurement* hasta la gobernanza económica de la Unión, pasando por las presiones deudocráticas y los consensos asumidos. En nuestro campo tampoco el panorama del reformismo laboral augura nada nuevo respecto de medidas dirigidas a mejorar la calidad en el empleo en sus diferentes dimensiones.

Las reformas son, por lo tanto, difíciles; pero no dejan por ello de ser imprescindibles e inaplazables. Citando una vez más a Sanguinetti, “*el resultado de dicha intervención debería ser, como salta a la vista, la consecución de un equilibrio entre la flexibilidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos que se busca conseguir a través de este mecanismo y la tutela de la posición de los trabajadores implicados*”<sup>78</sup>. Por el momento es claro que este objetivo no se ha logrado todavía.

<sup>77</sup> Como señala, J. Mas Sabaté, “*ni que decir tiene que el enfoque neopúblico incluye entre sus criterios de análisis los efectos que puede tener la Administración Pública sobre su entorno y prima unas relaciones estables y de calidad, por encima de las meramente económicas. Considera que la Administración Pública no puede externalizar de cualquier manera, ha de ser más respetuosa si cabe con las normas que ella misma establece para el resto de la sociedad y ha de tener en cuenta que está prestando sus servicios a algo más que a un cliente: a un ciudadano*”; *ibidem*.

<sup>78</sup> Sanguinetti, *op.cit. supra*, pg.7.