

CONTRATOS DE SERVICIOS/CONCESIÓN DE SERVICIOS, EN SECTOR PÚBLICO, SUBCONTRACIONES, RÉGIMEN LEGAL DE LA SUBROGACIÓN EN CONTRATOS SEL SECTOR PÚBLICO, CONTRATACIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS, RÉGIMEN DE EQUILIBRIO ECONÓMICO EN CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, DISCRIMINACIÓN POSITIVA FEMENINA EN LA CONTRATACIÓN, PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN CONFORME A LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, POSIBILIDADES DE EXTENSIÓN TEMPORAL DE CONTRATOS AL VENCIMIENTO.



**Alumno: Valentín González Formoso
Tutor: Ricardo Ron Latas**

INDICE SUMARIO

CUESTIÓN PRIMERA.- POSIBILIDAD DE QUE SERVITOTAL, S.A CONTRATE DIRECTAMENTE CON LA EMPRESA SUPERLIMPIA, S.L, DADO SU RECONOCIDO PRESTIGIO Y ACREDITADA SU EXPERIENCIA EN EL SECTOR DE LA RECOGIDA DE RESIDUOS **(PAG. 4)**.

CUESTIÓN SEGUNDA.- CONSECUENCIAS MERCANTILES, DE UNA POSIBLE DECISIÓN DEL GERENTE DE ADJUDICACIÓN DIRECTA A SUPERLIMPIA, S.L. **(PAG. 12)**.

CUESTIÓN TERCERA.- CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y PENAL DE UNA POSIBLE DECISIÓN DEL GERENTE DE ADJUDICACIÓN DIRECTA A SUPERLIMPIA, S.L. **(PAG. 15)**.

CUESTIÓN CUARTA.- LOS PRINCIPALES TRÁMITES QUE HABRÍAN DE SEGUIRSE PARA CONTRATAR A UN NUEVO OPERADOR **(PAG. 20)**.

CUESTIÓN QUINTA.- SITUACIÓN EN LA QUE QUEDARÍAN LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA “RECOGÉTÚ, S.L.” UNA VEZ SE DEJE DE PRESTAR EL SERVICIO **(PAG. 22)**.

CUESTIÓN SEXTA.- POSIBILIDAD DE OFRECER CONTRATOS DE TRABAJO A RESIDENTES EXTRANJEROS Y A ESTUDIANTES EXTRANJEROS **(PAG. 33)**.

CUESTIÓN SÉPTIMA.- SE PLANTEA POR LA GERENCIA LA POSIBILIDAD DE GARANTIZAR UNOS INGRESOS MÍNIMOS AL NUEVO ADJUDICATARIO DEL CONTRATO AL MARGEN DEL RIESGO DE EXPLOTACIÓN Y COMO PODRÍA ARTICULARSE **(PAG. 36)**.

CUESTIÓN OCTAVA.- PRETENSIÓN DE AUMENTAR LA PARTICIPACIÓN DE PERSONAL FEMENINO EN PUESTOS DE RESPONSABILIDAD Y POSIBLES FÓRMULAS DE REVERSIÓN DE ÉSTA REALIDAD **(PAG. 40)**.

CUESTIÓN NOVENA.- COMO PODRÍA GARANTIZARSE LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO EN CASO DE QUE VENZA EL CONTRATO CON EL SUBCONTRATISTA **(PAG. 44)**.

CUESTIÓN DÉCIMA.- SE TRASLADA FINALMENTE, QUE EN LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO CON RECOGETÚ,S.L, PODRÍA ÉSTA TENER LA INTENCIÓN DE TRASLADAR A SERVITOTAL, S.A LAS PÉRDIDAS ACUMULADAS DURANTE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO **(PAG. 46)**.

BIBLIOGRAFÍA (PAG. 48).

ANTECEDENTES DE HECHO

La empresa pública “SERVITOTAL, S.A” tiene atribuida la recogida de residuos municipales del Ayuntamiento de Artabria. Esta empresa está constituida en un sesenta por ciento por el Ayuntamiento de Artabria y en un cuarenta por ciento por las empresas privadas “Equis, S.A” y “Zeta, S.A”, con un porcentaje de participación, cada una de ellas, de un veinte por ciento.

Para realizar la labor de recogida, “SERVITOTAL, S.A” tiene contratada a la empresa “Recogetú, S,L”, si bien el contrato termina para el próximo año por lo que es necesario iniciar los trámites para contratar a un nuevo gestor. El valor estimado de esta nueva contratación sería de cuatro millones de euros.

En esta situación al gerente de “SERVITOTAL, S.A” le pregunta si podría efectuar una contratación directa a “Súperlimpia, S.L” dado su reconocido prestigio y acreditada experiencia en el sector de la recogida de residuos. Tiene amistad con su gerente y aunque sabe que su objeto social no cubre la prestación de todos los servicios necesarios para la recogida de los residuos municipales considera que eso, a lo mejor, no tendría relevancia ya que no afectaría a la prestación efectiva del servicio. Tampoco considera que facilitar información y documentación a esa empresa sobre la prestación actual del servicio y pedirle que pase a asumirlo directamente (o decirle como tiene que hacer para contratarla) pueda suponer problema alguno. No obstante, le pide que le confirme si esa situación pudiera tener alguna repercusión negativa desde un punto de vista mercantil, penal o administrativo.

De no ser posible esa contratación, le pide que le informe sobre los principales trámites que habrían de seguirse para contratar a un nuevo operador.

Le señala, también, que le preocupa la situación en la que quedarían los trabajadores de la empresa “RECOGETÚ S,L” una vez que deje de prestar el servicio. Y de tener que despedir a esos trabajadores quien tendría que asumir los costes de los despidos. Asimismo, preocupado por la dificultad de encontrar trabajadores disponibles, y dado que conoce a varios extranjeros que están estudiando en España, a otros que se encuentran en situación de residencia, y, finalmente, a otros que residen en el extranjero, todos ellos interesados en trabajar, pretende ofrecerles un contrato, aunque desconoce la viabilidad de tal opción.

Por otra parte, y para garantizar la calidad del servicio, les gustaría prever unos ingresos mínimos al nuevo contratista al margen del riesgo de la explotación del contrato, aunque tiene dudas de cómo podría articularse jurídicamente. También quiere promover que el nuevo contratista corrija la situación actual en la que existe una muy escasa participación de personal femenino y no existe ninguna mujer en los puestos de responsabilidad. Le solicita que le indique como podría revertir esa situación desde un punto de vista contractual con base en lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Al mismo tiempo el gerente también tiene dudas de que tendría que hacer en una situación como la que podría producirse en caso de que venza el contrato con la actual contratista y no todavía no se haya contratado al nuevo gestor. En ese caso, cómo podría garantizar la continuidad en la prestación del servicio. Finalmente, también le traslada que en la liquidación del contrato con “RECOGETÚ,S.L” es muy posible que esta empresa pretenda trasladar a “SERVITOTAL, S.A” todas las pérdidas que tuvo durante la ejecución del contrato. Si ese aviso se confirmase, le pregunta qué fundamentación jurídica podría oponer y cuáles serían los tribunales competentes para conocer de esa reclamación.

INTRODUCCIÓN

De los supuestos posibles publicados para la elaboración del TFG, he de confesar que fue escogido éste por ser el ámbito de la contratación pública el que más interés suscita en mi caso, por razones profesionales así como meramente personales. La realidad contractual con la que se relacionan las Administraciones Públicas, que permite la ejecución presupuestaria en las mismas, es un ámbito poliédrico jurídicamente hablando, con incursiones no sólo en lo administrativo, sino también en lo laboral, tributario, etc. Y poder profundizar en los mismos, y en los porqués que sustenta la arquitectura del sistema de la contratación pública, lo vi como una oportunidad a la hora de elaborar como alumno este TFG.

Sobre esta base, en el presente trabajo analizaremos, conforme a la legislación vigente, la interpretación de la doctrina, y de los órganos consultivos en el ámbito de la contratación pública, el marco

jurídico de los tipos contractuales, de las figuras de los contratos de concesión de servicios y de simples servicios. Analizaremos además las peculiaridades en éste ámbito de las Sociedades de Colaboración Público Privada así como el ámbito jurídico de las denominadas Sociedades Mixtas.

En este orden de cosas, derivaremos el análisis hacia ámbitos mercantiles, laborales, y administrativos, profundizando en la legislación contractual administrativa, con incursiones de especial trascendencia en aspectos de la incorporación del factor de género en la contratación pública, como factor que opera en las licitaciones públicas con cada vez más presencia y frecuencia. Además, incorporaremos conclusiones acerca de la posibilidad de contratación de personas extranjeras residentes y nacionales no residentes.

El supuesto a analizar gira, como sabemos, en torno a la prestación de un servicio público básico, dentro del ámbito competencial municipal, incorporado a un contrato, vencido o a punto de vencer, con las tensiones que ello puede generar para la gerencia de la sociedad de que aquí se trata, que realiza por ello una amplia consulta al respecto.

CUESTIÓN PRIMERA.- POSIBILIDAD DE QUE SERVITOTAL, S.A CONTRATE DIRECTAMENTE CON LA EMPRESA SUPERLIMPIA, S.L, DADO SU RECONOCIDO PRESTIGIO Y ACREDITADA SU EXPERIENCIA EN EL SECTOR DE LA RECOGIDA DE RESIDUOS.

MARCO NORMATIVO.

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (en adelante LCSP).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, *reguladora de las Bases de Régimen Local* (en adelante LRBRL).
- Ley 7/2022, de 8 de abril, *de residuos y suelos contaminados para una economía circular* (en adelante, LRSC).
- Ley 27/2013, de 27 de diciembre, *de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local* (en adelante LRSAL).
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público* (en adelante LRJSP).
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (en adelante, LTAIP).
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, *por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local* (en adelante TRRL).
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (en adelante, RGLCAP).
- Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el *Reglamento de Servicios* (en adelante, RS).
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales* (en adelante LRHL).
- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, *relativa a la adjudicación de contratos de concesión* (en adelante, DACC).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

PRIMERA. GESTIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS; APROXIMACIÓN A LA CUESTIÓN DE COMPETENCIA MUNICIPAL.

Obviamente, para responder a la primera de las cuestiones formuladas debemos atender a la naturaleza jurídica de la empresa “SERVITOTAL, S.A.”, ya que de la determinación de la misma dependerá la solución del caso planteado. Al tratarse de un ayuntamiento, la primera norma a la que atender no es otra

que la LRBRL, cuyo art. 25.2.b)¹ otorga a los municipios como competencia propia de los mismos la gestión de los residuos sólidos urbanos². Y lo mismo puede decirse si se presta atención al art. 26 de esa misma norma, donde se señala que “Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas”³. No cabiendo duda alguna, pues, acerca de la competencia del ayuntamiento de Artabria para atender la recogida de residuos, debe señalarse igualmente que en su desarrollo “deberá hacerlo en régimen de Autonomía y atendiendo a la debida coordinación en cuanto a la programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas”⁴. Aunque en realidad, como sostiene cierta doctrina, el art. 25.2 de la LRBRL “no contiene un elenco de competencias en sí mismo, sino que más bien de materias sobre las que una Legislación sectorial debe atribuir competencias específicas a los Municipios, por existir un interés municipal en beneficio de sus comunidad, teniendo que garantizar que no se proceda a adjudicar la misma competencia a otra Administración”⁵.

Pese a ello, ningún problema jurídico se atisba al respecto, ya que existe una norma concreta que atribuye la gestión de residuos urbanos a los ayuntamientos. Es decir, que en este supuesto el municipio de Artabria tiene atribuida por ser la gestión de residuos una materia de interés para la Comunidad Autónoma, la Competencia Propia, por establecerlo así la LRSC, en su art. 12.5.a), al afirmar que corresponde a las entidades locales, “como servicio obligatorio, en todo su ámbito territorial, la recogida, transporte y el tratamiento de los residuos domésticos en la forma que establezcan sus respectivas ordenanzas, de conformidad con el marco establecido en la Ley...”.

SEGUNDA. CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD MIXTA PARA PRESTACIÓN DE SERVICIO DE FORMA INDIRECTA.

Las Sociedades de Economía mixta las define de forma sencilla la doctrina como “aquellas entidades mercantiles que cuentan con un capital social en parte público y en parte privado”⁶. Es el caso de la empresa SERVITOTAL, S.A., como entidad gestora de servicios públicos, en la que para su creación, aunque el supuesto no lo dice expresamente, habiendo de garantizarse la libre concurrencia, y no siendo posible la adjudicación directa a una Sociedad Mixta preexistente, se ha de presumir que, en su momento, se tramitó un procedimiento licitatorio abierto y con publicidad, en el que se seleccionó a las empresas XES, SA. y ZETA, S.A., para suscribir, con el ayuntamiento, el capital social de aquella entidad, habiéndoles otorgado a cada una de ellas un 20 por 100. Dicho procedimiento licitatorio tuvo que ser precedido o bien simultaneado con la tramitación de un expediente para el ejercicio público de actividad económica, determinándose en dicho procedimiento el objeto social de la entidad mercantil y las prestaciones a realizar, tal como se explica seguidamente.

1 Que se encuentra en su Capítulo III, relativo a “Competencias” municipales.

2 Se trata, por lo demás, de un tema de especial relevancia tanto nacional como supranacional, tal y como lo demuestra, por ejemplo, una STEDH de 10 de enero de 2012, Caso Di Sarno y otros contra Italia (Demanda núm. 30765/2008) o una STUE de 21 de septiembre de 2016 (Caso Comisión Europea contra Reino de España).

3 Sobre la gestión de los recursos sólidos urbanos, véase ALENZA GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO, *El sistema de gestión de residuos sólidos urbanos en el derecho español*, INAP, 1997, *passim*.

4 Art. 7.2 de la LRBRL.

5 SANTIAGO IGLESIAS, DIANA, “¿Es posible crear sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos locales en el marco de contratos de servicios y de concesión de servicios?”, en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 16, 2021, pág. 102.

6 SANTIAGO IGLESIAS, DIANA, “Las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales”, en MARTÍ SARDÁ, ISIDRE (dir.) y MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, JOSÉ LUIS (coord.), *Régimen jurídico y configuración de las entidades instrumentales y de cooperación para la prestación de servicios públicos locales*, Libro III, Aranzadi, Pamplona, 2022, pág. 632. Se trata, por lo demás, de una institución que se originó en países europeos y alcanzó un mayor auge durante la segunda guerra mundial cuando empezó a hacerse aplicación de ella, especialmente en Francia, a partir de la explotación de la energía eléctrica, la navegación fluvial y marítima, aérea y por último, el transporte ferroviario (cfr. VELASQUEZ RESTREPO, CARLOS ALBERTO, “Sociedades de economía mixta”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 58, 1982, págs. 147 y ss.

Una vez constituida la sociedad mercantil con la inscripción en el Registro Mercantil, el ayuntamiento de Artabria pudo ya otorgarle directamente la concesión del servicio integral de recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, pues así lo permite la DA 22ª de la LCSP, al haberse seleccionado a los socios de capital privado con respecto a un procedimiento acorde con los principios de libertad de concurrencia, transparencia y publicidad, cuya observancia exige el Derecho Contractual Comunitario, traspuesto al Derecho Español⁷.

Aquí debemos partir de un hecho innegable: La jurisprudencia contenciosa es rica en consolidar la exigencia legal de la garantía de aplicación de esos principios en la creación de una Sociedad de Economía Mixta⁸. La forma de gestión del servicio público básico y obligatorio al que se refiere el supuesto se lleva a cabo a través de una Sociedad Mixta, esto es, mediante una fórmula de colaboración público-privada, con aportaciones de capital de una entidad municipal y de dos sociedades mercantiles. Y siendo así, entendemos que, si nos atenemos a la definición del ámbito subjetivo recogida en el art. 3 de la LCSP, la empresa “SERVITOTAL, S.A.” forma parte del sector público, por cuanto que según dicho precepto “A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades ... las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de entidades de las mencionadas en las letras a),b),c),d),e),g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la ley del mercado de valores”⁹.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa la participación pública en SERVITOTAL, S.A. supera ese 50%, al estar participada en un 60% por el municipio de Artabria, y la privada aporta un 40% del total del capital, con dos accionistas que serían las mercantiles XES, S.A y ZETA,S.A con un 20% desembolsado cada una de ellas. Estamos, pues, en presencia de en una sociedad mercantil que forma parte del sector público, esto es, de las denominadas legislativamente como mixtas, siempre de acuerdo con la disposición adicional 22ª de la LCSP, que establece lo siguiente: “1. Las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

La modificación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se adjudiquen directamente según lo establecido en el párrafo anterior, únicamente se podrá realizar de conformidad con lo establecido en la Subsección 4.a de la Sección 3.a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, relativa a la modificación de los contratos”¹⁰.

⁷ Al respecto, debe consultarse necesariamente el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, localizable en <https://op.europa.eu/>.

⁸ Por todas, véase STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de abril de 2005 (Rec. núm. 7931/2002).

⁹ Se trata de la letra h) del precepto, que debe ponerse en conexión con su letra a) que integra en el sector público a “las Entidades que integran la Administración Local”. Por su parte, para la doctrina, “la gestión de un servicio público puede encomendarse a una sociedad de economía mixta previa celebración de un contrato de servicios o de un contrato de concesión de servicios, según corresponda. En ambos casos, el procedimiento de contratación tendrá por objeto la selección del socio privado que participará con la Administración titular del servicio en la sociedad mixta. Así, la adjudicataria del contrato no sería, en primera instancia, la sociedad, aunque, posteriormente, ésta asuma la posición del contratista, ya que el contrato se adjudica al licitador que resulte elegido a condición de que constituya la sociedad de economía mixta en los términos indicados en los pliegos del contrato, acto que irá acompañado de la atribución a la misma de la gestión del servicio público de que se trate” (SANTIAGO IGLESIAS, DIANA, “¿Es posible crear sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos locales en el marco de contratos de servicios y de concesión de servicios?”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 16, 2021, pág. 107). Sobre la situación anterior a la Ley de 2017, véase BALLESTER MASÍA, FRANCISCO, “Las Sociedades Mixtas y las Entidades Locales”, en *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 72, 2004, págs. 26 y ss.

¹⁰ Esta regla, según la STCo 103/2015 de 28 mayo, “trae causa del Derecho europeo. En efecto, la Comisión Europea, en su Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones o la colaboración pública y privada institucionalizada (2008/C 91/02), explica que la creación de una empresa mixta se traduce o bien en la creación de una nueva empresa cuyo capital pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora –administraciones y poderes adjudicadores que no son administración pública– y la adjudicación de un contrato público a esa entidad de nueva creación de capital mixto, o bien en la participación de un socio privado en una empresa pública ya existente que ejecuta contratos públicos o

Como se puede observar con facilidad, dicha disposición permite realizar una selección del socio privado mediante procedimientos de licitación, y una vez seleccionado se crearía la Sociedad de Economía Mixta, pudiendo exigirse en los pliegos de contratación, en virtud del principio de libertad de pactos que contempla el art. 34.1 de la LCSP¹¹ y que refrenda jurisprudencia reiterada como una STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de Marzo de 2001¹², en la que “se ratifica la posibilidad de la libertad de pactos en el ámbito contractual del sector público, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”. Por lo tanto, al no existir aparentemente tacha alguna de legalidad, en este supuesto estaríamos ante un contrato de concesión de servicios adjudicado a una Sociedad de Economía Mixta.

Por otro lado, habría que analizar la posibilidad de que dicha atribución fuese a través de un contrato de servicios, también dentro del marco de los procedimientos de licitación regulados en la LCSP. El contrato de servicios se regula en el art. 17 de esta última norma¹³, y su art. 312 permite dicha modalidad en el caso de servicios que contienen prestaciones directas a favor de la ciudadanía, si bien con determinadas prescripciones¹⁴.

Sea como fuere, lo cierto es que se pueden adoptar diferentes posturas en cuanto a que esta tipología de contratos (de servicios) puedan ser objeto de prestación a través de una Sociedad de Economía Mixta, o no. Así existe una línea restrictiva que entiende que la DA 22ª de la LCSP sólo la contempla para los contratos de concesión de obra y servicios¹⁵. Incluso alguna junta consultiva se ha pronunciado en este sentido, como es el caso de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, en su Informe 22/2018, de 25 de septiembre, sobre el asunto “Colaboración público privada mediante sociedad de economía mixta. Prestación de servicios municipales por sociedad de economía mixta de una Diputación Provincial”, en el que hace la siguiente consideración: “... en cuanto a la tipología de los contratos públicos que podrían ser objeto de esta específica técnica de colaboración público privada de carácter institucional en el marco de una sociedad de economía mixta, la LCSP de 2017 se ha limitado a regular los de concesión de obras y de concesión de servicios, en contraposición al carácter abierto del TRLCSP que se refería a todo tipo de contratos públicos y concesiones. Además, se precisa “que si la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos debería concurrir al correspondiente procedimiento de licitación pública”¹⁶.

Una segunda línea interpretativa (más laxa) sería aquella que entiende que esta DA 22ª, dada su ubicación en la norma como complementaria a la regulación contenida en la LCSP, no impide la creación de una Sociedad de Economía Mixta para la ejecución de cualquier tipo contractual (tanto contrato de concesión de servicios como contrato de servicios), al no haber prohibición legal alguna al respecto, y que en el caso de la concesión de servicios lo que hace es añadir ciertos límites que deberán ser tenidos en cuenta, resultando compatible asimismo con lo establecido en el art. 28.3 LCSP: “De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de

concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna. La Comisión considera que una doble licitación, la primera para la selección del socio privado de la empresa mixta, y la segunda para la adjudicación del contrato, no resulta muy práctica, por lo que una de las formas de actuar conforme al Derecho europeo es seleccionar al socio privado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo, cuyo objeto es el contrato público que se ha de adjudicar a la empresa mixta, de manera que no resulte necesario licitar también la adjudicación del contrato”. Sobre su aplicación práctica, véase, por ejemplo, STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:700).

¹¹ “En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”.

¹² Rec. núm. 565/1994.

¹³ “Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

¹⁴ Sobre el mismo, véanse SSTSJ (Salas de lo Contencioso-Administrativo) de Galicia de 13 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:3745), Extremadura de 23 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TSJEXT:2021:1662) y País Vasco de 28 de junio de 2018 (ECLI:ES:TSJPV:2018:4209).

¹⁵ No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”.

¹⁶ Localizable en <https://www.aragon.es>.

proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta”.

Dejando ya de lado la discusión planteada en cuanto a la tipología del contrato a ejecutar por la Sociedad de Economía Mixta, en todo caso la opción por una u otra figura se encuentra vinculada a la traslación o no del riesgo operacional, así como en el ámbito del Ordenamiento Europeo¹⁷. Asimismo, también recoge el art. 85.2 LRBRL la posibilidad de que el Municipio pueda realizar dicha tarea “de forma directa o mediante cualquier otra forma de gestión prevista en el mismo”.

En el caso de SERVITOTAL, S.A, esta sociedad es ni más ni menos que la concreción de la potestad de decisión de la forma de prestación de un servicio público básico y propio del municipio, como es la recogida de residuos, tal y como recoge el artículo 86.2 LRBRL, al indicar que “Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios”.

En todo caso, debemos tener en cuenta las novedades que en éste ámbito supuso la entrada en vigor de la LRSAL, ya que “la potestad discrecional atribuida a las entidades locales, se ha visto limitada, a la acreditación de la sostenibilidad financiera y eficiencia como elemento decisorio en la fórmula de gestión a escoger”¹⁸. Al hilo de ésta exigencia, el ayuntamiento de Artabria, al constituir una Sociedad Mercantil Mixta para la prestación de uno o varios servicios públicos, ejerce una actividad económica de carácter prestacional, incluso aunque se haya constituido la empresa para la prestación de un único servicio público y el mismo esté reservado a las entidades locales, como es el caso del servicio de recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos¹⁹. Esto es así porque, al crearse una entidad mercantil, se está asumiendo un riesgo económico, por lo que se exige la tramitación de un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida en el que se justifique que la forma de gestión indirecta del servicio resulta la más sostenible y eficiente²⁰, creándose al efecto una comisión político-técnica para redactar una memoria que contenga los aspectos sociales, jurídicos, económicos y técnicos de la prestación a realizar²¹.

Por otro lado, la creación de sociedades como la que aquí nos ocupa se prevé incluso por la propia Comisión Europea, que las recoge en su *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. En cualquier caso, la creación de una empresa entre socios del sector público y privado para la ejecución de contratos públicos exige, según la doctrina²², y siempre de acuerdo con el derecho comunitario, la presencia de dos elementos:

- Que haya contribución pública y privada en el capital de la entidad creada.
- Que el socio privado participe en la gestión de la entidad o en la ejecución del contrato encomendado.

Ya en el ámbito del Derecho Español sobre la materia, la legislación reguladora, la LCSP, la LRBRL, el RSCL exige además lo siguiente:

- Que su objeto social consista en actividades consideradas como servicios públicos locales.
- Que ambos ámbitos, el privado y el público participen en la gestión y la Administración.

TERCERA. SELECCIÓN DEL SOCIO PRIVADO PARA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD.

17 Al respecto, véase Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

18 SANTIAGO IGLESIAS, DIANA, “¿Es posible crear sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos locales en el marco de contratos de servicios y de concesión de servicios?”, en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 16, 2021, pág. 103.

¹⁹ Cfr. Art. 86.2 LRBRL.

²⁰ Cfr. Art. 86.1 LRBRL.

²¹ Cfr. Art. 97 TRRL.

²² Cfr. SANTIAGO IGLESIAS, DIANA, “¿Es posible crear sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos locales en el marco de contratos de servicios y de concesión de servicios?”, en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 16, 2021, pág. 104.

Teniendo en cuenta la participación mayoritaria del municipio de Artabria en el capital social de SERVITOTAL, S.A., ha de considerarse que esta entidad mercantil pertenece al sector público institucional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.b) LRJSP, resultándole de aplicación los principios generales del artículo 3 de dicha norma, entre otros, servicio efectivo a la ciudadanía, objetividad, transparencia en la actuación, buena fe, confianza legítima, responsabilidad en la gestión, eficacia y eficiencia. Por ello, aunque el supuesto no lo dice expresamente, habiendo de garantizarse la libre concurrencia, y no siendo posible la adjudicación directa a una Sociedad Mixta preexistente, se ha de presumir que, en su momento, se tramitó un procedimiento licitatorio abierto y con publicidad, en el que se seleccionó a las empresas XES, SA. y ZETA, S.A., para suscribir, con el ayuntamiento, el capital social de aquella entidad, habiéndoles otorgado a cada una de ellas un 20 por 100. Dicho procedimiento licitatorio tuvo que ser precedido o bien simultaneado con la tramitación de un expediente para el ejercicio público de actividad económica, determinándose en dicho procedimiento el objeto social de la entidad mercantil y las prestaciones a realizar, tal como se explica seguidamente, siempre de acuerdo con el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*:

El procedimiento para su constitución, como se trata de constituir una sociedad *ex novo*, y por aplicación del art. 104 TRRL, puede optarse por uno de los dos procedimientos siguientes: 1) Suscripción pública de acciones, que supone una preconfiguración de la Sociedad mediante sus Estatutos, si bien en puridad esta figura está sólo prevista para las Sociedades anónimas y no para las sociedades de responsabilidad limitada, ateniéndose a lo dispuesto en los arts. 19 y ss. del TRLSA; y 2) concurso de iniciativas, en el que se admitan las sugerencias sobre las cuotas de participación municipal y particular, derechos especiales de la Administración, etc.

En cuanto a las formalidades de la constitución, una vez realizado el procedimiento administrativo previo de constitución de la sociedad habrá de otorgarse la escritura de constitución y aprobarse los Estatutos. Por lo que se refiere al régimen jurídico de estas sociedades, el art. 182 RGLCAP, se limita a señalar que “en los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndoles los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos”, por lo que, en principio, le serán aplicables las normas que se aplican a la concesión. En cuanto al control de la sociedad, se lleva a cabo en la forma de control interno, mediante su participación en la Junta General y, en su caso, en el Consejo de Administración. También puede realizar, por vía estatutaria otorgando a la Administración de cobertura determinados privilegios (derecho preferente de adquisición en la transmisión de acciones privadas, necesidad del voto de los representantes de la Administración en determinadas materias e intervención a través de un Delegado del Ente local en la sociedad).

El control externo de la sociedad de economía mixta no es distinto de la fiscalización que la Corporación puede ejercer sobre un concesionario de un servicio público, con la peculiaridad de que si se trata de una sociedad con capital mayoritario público, en cuyo caso las cuentas anuales deberán integrarse en la Cuenta General de la Entidad a tenor de lo establecido en el art. 190.1 c) LRHL. Por lo que se refiere a la responsabilidad del ente local, éste como un socio más de una sociedad de responsabilidad limitada, responderá en proporción a su participación y hasta el límite de la misma frente a terceros, ya que nunca se responde con el capital propio.

Una vez constituida la sociedad mercantil con la inscripción en el Registro Mercantil, el ayuntamiento de Artabria pudo ya otorgarle directamente la concesión del servicio integral de recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, pues así lo permite la DA 22ª LCSP, al haberse seleccionado a los socios de capital privado con respecto a un procedimiento acorde con los principios de libertad de concurrencia, transparencia y publicidad, cuya observancia exige el Derecho Contractual Comunitario, traspuesto al Derecho Español. A este respecto, la jurisprudencia contenciosa es abundante, en el sentido de consolidar la exigencia legal de la garantía de aplicación de esos principios en la creación de una Sociedad mixta; así se muestra en una STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de abril de 2005²³ cuando afirma que “no será óbice para su incardinación como empresa pública a efectos de las Directivas

²³ Rec. núm. 7931/2002.

Comunitarias en determinados sectores, como el del agua, pues dejamos consignado que la sociedad mixta en cuestión se constituyó tras haberse tramitado por el Ayuntamiento de Torrent el correspondiente expediente para la selección de socio privado en aras a gestionar el servicio público de aguas”.

CUARTA. LA INICIATIVA PÚBLICA LOCAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y LA POSICIÓN JURÍDICA DE SERVITOTAL, S.A.

Constituida según dicho procedimiento la sociedad SERVITOTAL, S.A, aun siendo de participación mayoritaria pública, no puede considerarse un medio propio del ayuntamiento de Artabria para recibir encargos de este poder adjudicador, pues no cumple el requisito de que su capital social sea totalmente público²⁴. Por tanto, cuando en el supuesto se dice que tiene atribuida la recogida de residuos del ayuntamiento de Artabria, ha de entenderse que es la concesionaria de dicho servicio, habiendo optado en su día el Pleno de la Corporación por la gestión indirecta del servicio a través de una empresa de economía mixta, entendiéndose que es una Concesión de Servicios, con traslado del riesgo operacional al Concesionario, si bien habría que acreditar este extremo previamente, en el que los ingresos no están garantizados, ya que es el concesionario el que organiza el servicio y asume el riesgo de la operación y mayoritariamente sus retribuciones las percibe no de la Administración Pública, sino de los usuarios demandantes de la prestación; es decir, que depende, pues de no ser así estaríamos ante una adjudicación de un Contrato de Servicios, donde no existe traslado del riesgo operacional, dado que su retribución al contratista se establece de modo cierto, variable e independientemente del grado de utilización del servicio por los usuarios, tal y como viene exponiendo la Junta Central de Contratación del Estado²⁵. En este caso habría que examinar si la DA 22ª de la LCSP ampara la creación de una sociedad mixta para la ejecución de un contrato de servicios, tal y como expone la doctrina científica, que hace extensiva ésta posibilidad a cualquier tipo contractual para la prestación de un servicio público, justificándolo en el art 34.1 de la LCSP²⁶.

En el procedimiento de selección del capital privado para la constitución de SERVITOTAL, S.A., ha de suponerse que las mercantiles Xes, S.A. y Zeta, S.A. fueron adjudicatarias del capital privado, en un proceso abierto y público concurrente, en atención a que disponían de los medios materiales y personales para la adecuada realización de la prestación de recogida de residuos, dado que el contrato de de SERVITOTAL, S.A. ha de entenderse *intuitu personae*, esto es, en atención a esas circunstancias que la hacen idónea para ser titular de la concesión, según los Pliegos Administrativos y Técnicos en base a los cuales se adjudica ésta Concesión de Servicios, que impone la creación y adhesión a la misma al Concesionario, de una Sociedad Municipal de Capital Mixto.

Con este planteamiento, siendo concesionaria SERVITOTAL, S.A., no puede subcontratar toda la prestación, sino solo aquellas que presenten carácter accesorio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 296 de la LCSP²⁷. Por ello, entiendo que, sin poder valorar en profundidad la cuestión al desconocer el Pliego de Características Técnicas en las que se incluyan las prestaciones del objeto contractual, la recogida de basuras podría ser una parte accesorio del contrato de concesión otorgado por el ayuntamiento de Artabria a favor de SERVITOTAL, S.A., aunque a priori parece que excede el carácter de accesorio que pudiera ser admisible, siempre que no nos refiramos a labores supletorias del servicio principal, puesto que para la recogida en sí

24 Conforme dispone una STS (Sala de lo Cotencioso-Administrativo) de 22 de abril de 2005 (Rec. núm. 7931/2002): “no sería óbice para su incardinación como empresa pública a efectos de las Directivas comunitarias en determinados sectores, como el del agua, pues No conviene olvidar que en el fundamento Segundo dejamos consignado que la sociedad mixta en cuestión se constituyó tras haberse tramitado por el Ayuntamiento de Torrent el correspondiente expediente para la selección de socio privado en aras a gestionar el servicio público del agua mediante un ente instrumental”.

14 Según dispone la letra c) del art. 32.2 de la LCSP, “Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública”.

15 Cfr. Informes 4/2008, de 28 de julio; 65/2008, de 31 de marzo de 2009; y 12/2010, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, localizables en <https://www.hacienda.gob.es>.

16 SANTIAGO IGLESIAS, DIANA, “¿Es posible crear sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos locales en el marco de contratos de servicios y de concesión de servicios?”, en Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica: Nueva Época, núm. 16, 2021, pág. 105.

17 “En el contrato de concesión de servicios, la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, resultándole de aplicación la regulación establecida en los artículos 215, 216 y 217 de la presente Ley”.

misma y como un todo operacional la mercantil RECOGETÚ, S.L. no contempla en su objeto social esa actividad; además todo ello sin olvidar que seguiría siendo SERVITOTAL, S.A. la que gestionase indirectamente todo el servicio y quien mantendría la relación directa con los usuarios del mismo, incluso cobrando las tarifas correspondientes.

Partiendo, pues, de la concepción como accesoria de la realización de las labores de recogida de basuras, en esta tesitura, la relación jurídica entre SERVITOTAL, S.A. y RECOGETÚ, S.L. (ahora con el nuevo contrato que pretende otorgarse) debemos enmarcarla en el régimen jurídico de la subcontratación, regulada con carácter general en los arts. 215 a 217 de la LCSP. Ahora bien, si el contratista general no está sometido a la regla de libertad de concurrencia y publicidad para la selección de sus subcontratistas, no puede predicarse esto de SERVITOTAL, S.A., que al ser una entidad perteneciente al sector público local, tiene el carácter de poder adjudicador, estando dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP²⁸. En su condición de poder adjudicador que no es Administración Pública, los contratos otorgados por SERVITOTAL, S.A. para llevar a cabo la concesión del servicio tienen el carácter de contratos privados²⁹, siéndoles de plena aplicación las reglas generales para la preparación y adjudicación de contratos y los procedimientos de adjudicación, tal como regula específicamente para este tipo de contratos el Título I del Libro III de la LCSP.

Por otra parte, en cuanto a la cuestión de que el objeto social no cubre la prestación de todos los servicios, esta se encuentra relacionada con la capacidad o aptitud para contratar, requisito exigible para todos los contratos del sector público, tal y como establece el art. 65 de la LCSP: “Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas. Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”. Así como el art. 66 de esa misma norma: “Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”.

El objeto social de la empresa debe comprender las prestaciones objeto del contrato, entendida ésta en sentido amplio, es decir, no resulta necesario la coincidencia literal de las actividades del objeto social y las prestaciones que integran el contrato, pero sí tiene que existir una relación clara, entre ambos objetos, de forma que no se pueda dudar de que el objeto social comprende todas las prestaciones objeto del contrato y que atribuye, por tanto, a la sociedad la capacidad necesaria para efectuar dichas prestaciones³⁰.

En el caso práctico objeto de análisis se manifiesta “que su objeto social no cubre la prestación de todos los servicios necesarios” por lo que estaríamos ante una causa de falta de capacidad de obrar. La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, serán causas de nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo establecido en el art. 39.2 LCSP.

CONCLUSIONES

Sobre esta base jurídica, a la cuestión planteada por el gerente de SERVITOTAL, S.A. hay que contestar que, de no ser considerada la recogida de basuras una prestación accesoria, sino principal, no sería posible la externalización de dicha actividad. Y en caso contrario, de ser considerada accesoria, y admisible la subcontratación referida, la respuesta a la cuestión planteada por el gerente es negativa, en el sentido de **que no puede contratar directamente con SUPERLIMPIA, S.L.**, sino que ha de seguir un procedimiento licitatorio en el que queden garantizados los principios generales de libertad de concurrencia, publicidad y

18 Siempre según su art. 3.1.h), que ya conocemos.

19 Según el art. 26.1.b) de la LCSP, “Tendrán la consideración de contratos privados: b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas”.

20 Al respecto, véase Resolución núm. 154/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (<https://www.hacienda.gob.es>).

transparencia en la contratación. Así lo recogen incluso numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como las de 10 de noviembre de 1998 (asunto 460/1996), y 1 de febrero de 2001 (asunto 237/1999), en las que se indica que “las sociedades mercantiles bajo control público en mayor o menor grado no pueden ser excluidas del ámbito de aplicación de las mencionadas Directivas, al entender que no es la forma jurídica sino el objetivo el elemento fundamental a considerar, coincidiendo con la disposición adicional Sexta de la LCAP determina que «las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos, o entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios»”.

El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consolida la necesidad de aplicación de los principios de concurrencia y publicidad, entre otras en la sentencia de 16 de octubre de 2003 (Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España) respecto al incumplimiento por el Reino de España de otra Directiva, en ese caso la 93/37/CEE por no someter la licitación relativa a la ejecución de obras de un centro penitenciario convocado por una sociedad estatal al conjunto de una serie de disposiciones contenidas en la Directiva, esencialmente, la publicidad, entiende que el estatuto de derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

CUESTIÓN SEGUNDA.- CONSECUENCIAS MERCANTILES, DE UNA POSIBLE DECISIÓN DEL GERENTE DE ADJUDICACIÓN DIRECTA A SUPERLIMPIA, S.L.

MARCO NORMATIVO

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (en adelante TRLSC).
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria* (en adelante LGT).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil* (en adelante CC).
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, *por el que se publica el Código de Comercio* (en adelante CCO).
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil* (en adelante RRM).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. CONCEPTO DE OBJETO SOCIAL

El objeto social es uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad, sin embargo, pocas normas se refieren al mismo. El artículo 23 TRLSC, en relación con los estatutos sociales de las sociedades de responsabilidad limitada, prevé lo siguiente: “En los Estatutos que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital se hará constar:

- a) La denominación de la sociedad.
- b) El objeto social, determinando las actividades que lo integran...”.

Por su parte, los arts. 1271 y 1272 CC, en relación al objeto de los contratos, establecen que el objeto de los contratos ha de ser lícito y posible³¹. Por su parte, el artículo 119 del Código de Comercio, dispone lo siguiente: “Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.

A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, las escrituras adicionales que, de cualquier manera, modifiquen o alteren el contrato primitivo de la compañía.

31 Art. 1271 y 1272 CC

Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social”. Y en el artículo 125 del mismo texto legal se dice que “La escritura social de la compañía colectiva deberá expresar:

El nombre, apellidos y domicilio de los socios.

La razón social.

El nombre y apellidos de los socios a quienes se encomiende la gestión de la compañía y el uso de la firma social.

El capital que cada socio aporte en dinero efectivo, créditos o efectos, con expresión del valor que se dé a éstos o de las bases sobre que haya de hacerse el avalúo.

La duración de la compañía.

Las cantidades que, en su caso, se asignen a cada socio gestor anualmente para sus gastos particulares.

Se podrán también consignar en la escritura todos los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios quieran establecer”.

Así pues, a la hora de redactar los estatutos y definir el objeto social, estaremos concretando qué actividades va a realizar la empresa, debiendo detallarlos correctamente para evitar tener problemas a la hora de su inscripción en el registro mercantil. La sociedad, sea civil o mercantil, tiene por tanto un objeto, el llamado objeto social, que es el fin a que se va a dedicar y que va a desarrollar y de cuya explotación pretende obtener el beneficio económico.

SEGUNDA. EL OBJETO SOCIAL COMO DELIMITADOR DE LA ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD.

En el caso analizado el gerente de SERVITOTAL, S.A. respecto de SUPERLIMPIA, S.L., considera que “aunque sabe que su objeto social no cubre la prestación de todos los servicios necesarios para la recogida de los residuos municipales considera que eso, a lo mejor, no tendría relevancia ya que no afectaría a la prestación efectiva del servicio”. Y así las cosas es preciso, pues, determinar, con carácter previo, la relación entre el objeto social y la actividad que realiza la sociedad.

La causa del contrato de sociedad está constituida, por un lado, por el fin común perseguido por las partes, y por otro lado, el objeto social, como actividad que se ha programado desarrollar para la consecución del fin común. El objeto social constituye la referencia esencial en la delimitación del ámbito de actividad válida de la sociedad. La consideración (histórica) de las corporaciones como una amenaza potencial a los intereses del Estado y del individuo, parecían apoyar, como sucedía en el Derecho anglosajón, la restricción de la capacidad al objeto social y la calificación como nulos de los actos extraños al mismo. Por otra parte, se ha de evitar proceder de manera deductiva a partir de la personalidad jurídica de las asociaciones o trasladar la noción de capacidad referida a las personas físicas a las personas jurídicas, sin atender a las diferencias que presuponen la condición humana. La finalidad de la ordenación de la actividad válida de las asociaciones consiste en alcanzar un equilibrio entre los intereses de los socios, con los legítimos intereses de los terceros de buena fe que se relacionan con la sociedad desde la perspectiva de la seguridad en el tráfico³². De este modo, esta delimitación de la actividad, es especialmente relevante al tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada, en donde las decisiones se adoptan por acuerdos de mayorías y sus miembros no se ocupan directamente de la gestión. Esta delimitación responde al principio de seguridad jurídica, que debe dar la confianza a los terceros respecto de la actividad que ejerce.

TERCERA. POSIBLE DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA AL ADMINISTRADOR SOCIETARIO.

Como punto de partida y a la vista de los estatutos de la empresa mixta, se podría concluir que el gerente no tiene competencia ni está facultado para llevar a cabo esta contratación, sino que sería una

32 Cfr. LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ, “Objeto Social”, en ALONSO LEDESMA, CARMEN, *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 206, pág. 212.

decisión a adoptar por el administrador/es o consejo de administración de SERVITOTAL, S.A. y, una vez adoptado dicho acuerdo, la formalización del contrato le correspondería al presidente o consejero delegado correspondiente. Por tanto, la actuación del gerente sería nula por falta de capacidad de obrar y representación, pudiendo instarse dicha nulidad ante el Juzgado de lo Mercantil competente por razón del territorio, mediante la presentación de la correspondiente demanda, una vez adoptado el acuerdo previo por el consejo de administración.

En el caso de que, finalmente, se adjudicase el contrato directamente a “SUPERLIMPIA, S.L.” a pesar de que su objeto social no cubre la prestación de todos los servicios necesarios para la recogida de los residuos municipales, debe analizarse las posibles responsabilidades desde el punto de vista mercantil. Partiendo de que la contratación de llevarse a cabo por el administrador societario, éstos quedan obligados a desarrollar el tráfico habitual de la sociedad en el marco del objeto social definido en sus estatutos, y que es la finalidad para la que se ha constituido la empresa. Cuando el administrador decida realizar un contrato mercantil que no se ajuste al objeto social, podrían dar lugar a una derivación de responsabilidad personal. En este sentido, debe advertirse que, en cualquier momento, se puede modificar el objeto social con el fin de dar cobertura jurídica al contrato pretendido³³.

La derivación de responsabilidad al administrador se refiere a la Declaración de Responsabilidad de Carácter subsidiario del administrador de la sociedad mercantil. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa³⁴.

En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado³⁵. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador³⁶.

Así, en relación con la responsabilidad de los administradores, éstos responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales³⁷. La acción de responsabilidad se regula en los art. 236 y ss. TRLSC y se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.

Los artículos 225, 227 y 236 TRLSC deben ponerse en relación con el art. 43 LGT, puesto que la derivación de responsabilidad se basa en una actuación con ausencia de la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. La delimitación del elemento subjetivo de la derivación de responsabilidad de la que trata el artículo 43.1 a) LGT se reconduce a tres conceptos³⁸: la posición de garante, el nexo causal y la inversión de la carga de la prueba. En concreto la posición de garante exige que los administradores actúen con diligencia, realizando todas aquellas actuaciones que sean necesarias para el buen funcionamiento, incluyendo las relativas al objeto social. Se trata, en este caso, de una exigencia por una actuación pasiva pero que requiere de la concurrencia de la intencionalidad o negligencia³⁹. El procedimiento para declarar y exigir la responsabilidad tributaria se regirá por lo dispuesto en el art. 176 LGT⁴⁰. Una vez

33 Cfr. Art. 163 RRM.

34 Cfr. Art. 225 TRLSC

35 Cfr. Art. 226 TRLSC

36 Cfr. Art. 227 TRLSC

37 Cfr. Art. 236 TRLSC

38 STS 1147/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1147

39 Cfr. Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 17 de diciembre de 2019 (RG 01624/17).

40 Cfr. Art. 43.4 LGT

declarados fallidos el deudor principal y, en su caso, los responsables solidarios, la Administración tributaria dictará acto de declaración de responsabilidad⁴¹, que se notificará al responsable subsidiario⁴².

En relación con todo lo expuesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2010⁴³ concluyó en su momento lo siguiente: “Ante la necesidad de proteger la confianza en la apariencia y con ello la seguridad del tráfico, especialmente cuando la personalidad se utiliza como vehículo para organizar una empresa que actúa en el mercado, **nuestro sistema parte de la plena capacidad jurídica y de obrar de las sociedades mercantiles** que, en consecuencia, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en las que puedan incurrir sus gestores, **pueden desplegar lícitamente tanto actividades «estatutarias» (dentro del objeto social), como «neutras» (que no suponen el desarrollo inmediato del objeto fijado en los estatutos) y «extraestatutarios», incluso cuando son claramente extravagantes y ajenas al objeto social.** Esta capacidad en modo alguno queda mermada por las previsiones contenidas en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 -hoy 234 de la Ley de Sociedades de Capital-, que atribuye a los administradores societarios el poder inderogable de vincular a la sociedad con terceros, con independencia de que su actuación se desarrolle dentro de la actividad fijada como objeto estatutario inscrito en el Registro Mercantil o fuera de ella, **sin perjuicio de que la transgresión del objeto estatutario pueda ser oponible frente a quienes no hayan obrado de buena fe y sin culpa grave**”.

CONCLUSIONES

1.- En el caso de que la contratación se realizase con el gerente de la empresa “Superlimpia, S.L.”, éś sería nula por falta de capacidad de obrar y representación, pudiendo instarse dicha nulidad ante el Juzgado de lo Mercantil competente por razón del territorio, mediante la presentación de la correspondiente demanda, una vez adoptado el acuerdo previo por el consejo de administración.

2.- En el caso de que la contratación se realizase por el órgano competente (administrador), no ajustándose el objeto social de la empresa al total de las prestaciones incluidas en el contrato del servicio de recogida de los residuos municipales, si ha existido dolo o culpa daría lugar a la derivación de responsabilidad al administrador se refiere a la Declaración de Responsabilidad de Carácter subsidiario del administrador de la sociedad mercantil. En este sentido, debería atenderse a la magnitud de las repercusiones administrativas a que pudiera dar lugar provoquen daños patrimoniales a la sociedad o la comisión de posibles infracciones tributarias. No obstante, teniendo en cuenta que el objeto del contrato está directamente relacionado con el objeto social aunque no incluya el total de las prestaciones, y considerando que ha obrado de buena fe, no parece oportuna la derivación de responsabilidades. En todo caso, la actuación del administrador vincularía a la sociedad frente a terceros de buena fe. Y todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de adaptar el objeto social a la totalidad de las prestaciones objeto del contrato, mediante la modificación de los estatutos de la sociedad.

CUESTIÓN TERCERA.- CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y PENAL DE UNA POSIBLE DECISIÓN DEL GERENTE DE ADJUDICACIÓN DIRECTA A SUPERLIMPIA, S.L.

MARCO JURÍDICO

- Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público* (en adelante LRJSP).
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (en adelante LCSP).
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (en adelante LTIP).

41 Cfr. Art. 174 LGT

42 Cfr. Art. 176 LGT

43 ECLI:ES:TS:2010:7753.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal* (en adelante CP).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (en adelante, LPAC).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En el caso que nos ocupa se pone de manifiesto una amistad del contratista con el gerente de la sociedad de economía mixta y competente para la adjudicación del contrato, por lo que es preciso tener en cuenta lo establecido en el art. 64 LCSP: “1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación”⁴⁴.

Dicho precepto debe ponerse en relación, a su vez, con las causas de abstención en el procedimiento administrativo de que se trate, reguladas en el art. 23.2.c) de la LRJSP, conforme al cual las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato cuando concurra la causa de “Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior”. En la propia administración se considera que el “conflicto de intereses tiene carácter objetivo, porque puede ser contrastado, discutido y argumentado. De tal suerte, que únicamente se da cuando pueda probarse que tiene incidencia directa en el procedimiento de licitación, en cuanto supone una infracción de los principios de la contratación pública, y un falseamiento real de la concurrencia-competencia entre los licitadores”, tal y como se argumenta en el Informe 10/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 18 de mayo de 2016⁴⁵. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, viene concluyendo desde hace lustros que “el motivo de abstención del artículo 28.2.c) de la Ley 30/1992 no lo constituye la simple amistad sino la «amistad íntima», lo cual significa que no basta cualquier relación de conocimiento sino que es necesario que concurran (y se acrediten) unas circunstancias de hecho que revelen en el ámbito de la vida personal, ajeno al de la profesión, la proximidad y la estrecha vinculación que las actuales pautas sociales exigen para apreciar ese elevado nivel de amistad que resulta necesario para merecer la calificación de «íntima» (circunstancias como pueden ser, entre otras, la coincidencia de manera repetida o habitual en los tiempos y actividades de ocio, en celebraciones familiares, etc.)”⁴⁶.

Por lo que se refiere a la facilitación de información y documentación a la empresa adjudicataria debemos estar a lo dispuesto en el art. 133 de la LCSP: “Confidencialidad 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y

⁴⁴ Al respecto, véanse SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de la Comunidad Valenciana, de 30 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCV:2022:5113) y Castilla-León (Valladolid) de 15 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:796). Y en el ámbito doctrinal, CERRILLO I MARTÍNEZ, AGUSTÍ, *El principio de integridad en la contratación pública mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Pamplona, 2014, *passim*. Y en el ámbito judicial, STJUE de 7 de septiembre de 2021, Caso «Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras» UAB contra «Ecoservice Klaipėda» UAB y Otros (ECLI:ECLI:EU:C:2021:700) y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1642).

⁴⁵ Localizable en www.aragon.es

⁴⁶ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8697).

a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. 2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo⁴⁷.

Además de todo ello, igualmente debe atenderse a lo establecido en el art. 346.5 de la LCSP, según el cual “El Registro de Contratos del Sector Público facilitará de modo telemático el acceso a sus datos a los órganos de las Administraciones Públicas que los precisen para el ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal, facilitará el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet⁴⁸. Y de igual manera, a lo previsto en el art. 52 de la LCSP, donde se regula el acceso al expediente para el caso de que se tenga la condición de interesado⁴⁹.

Por lo tanto, no sería posible facilitar la información que tenga carácter confidencial o aquella afectada por la protección de datos, y sí aquella otra información no afectada por dichas limitaciones, si bien el derecho de acceso debería ejercitarse previa solicitud del interesado, tal y como establece el art. 17 LTIP⁵⁰.

⁴⁷ Al respecto del precepto, véase DE ENRIQUE MUÑOZ, EVA, “La confidencialidad en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 153, 2018, págs. 40 y ss.

⁴⁸ Sobre dicho registro, véase DE LA MORENA LÓPEZ, JULIÁN, “Registro de contratos del sector público”, en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 132, 2014, págs. 65 y ss.

⁴⁹ Conforme al cual “1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente”.

⁵⁰ “1. El procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso se iniciará con la presentación de la correspondiente solicitud, que deberá dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información. Cuando se trate de información en

Finalmente, respecto de la petición de que asuma directamente el contrato, debemos recordar la prohibición de contratación verbal recogida en el art. 37.1 LCSP⁵¹, suponiendo dicha inexistencia de contrato formalizado por escrito un vicio de nulidad de pleno derecho, al amparo de lo establecido en el art. 39.1 LCSP, que ya hemos señalado anteriormente. A mayores, si el contrato superase el importe de 100.000 euros, la adjudicación o formalización del contrato podría recurrirse mediante la interposición del recurso especial en materia de contratación, para que resolviese sobre el mismo el Tribunal Administrativo de contratación competente. El recurso podría presentarlo cualquier empresa interesada. Por debajo de estos umbrales sólo podremos recurrir mediante recursos ordinarios: de alzada o reposición, según sea el caso.

Además, hay que hacer referencia al vicio de nulidad de pleno derecho recogido en el art. 39.1 de la LCSP, en consonancia con lo dispuesto en el art. 47.1.e) LPAC, conforme al cual “Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”. Y de igual manera a la DA 28ª de la LCSP, relativa a la “Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, según la cual “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma”.

Ya desde el punto de vista penal, la actuación del gerente bien podría encajar en varios tipos penales, como el de prevaricación⁵², pues aun no siendo funcionario⁵³, en este acto participa en el ejercicio de funciones públicas, por lo que materialmente el ejercicio de este cargo supone participar en el ejercicio de dichas funciones, que le fueron conferidas por el alcalde o concejal que lo haya nombrado para tal puesto⁵⁴, en su condición de presidente del consejo de administración de la empresa mixta. Además, si se probara que, tal y como se nos anuncia, esas acciones que expresa el gerente encaminadas a que la mercantil SUPERLIMPIA, S.L sea la adjudicataria en un procedimiento que necesariamente debe de ser abierto y concurrente, encajaría en los tipos penales de negociaciones prohibidas a funcionarios por existir infracción del deber de abstención del 439 CP⁵⁵, por amistad con el adjudicatario y un posible de tráfico de influencias,

posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas.

2. La solicitud podrá presentarse por cualquier medio que permita tener constancia de: a) La identidad del solicitante. b) La información que se solicita. c) Una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de comunicaciones. d) En su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada.

3. El solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por si sola causa de rechazo de la solicitud.

4. Los solicitantes de información podrán dirigirse a las Administraciones Públicas en cualquiera de las lenguas cooficiales del Estado en el territorio en el que radique la Administración en cuestión”.

51 “1. Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia”.

52 Art. 404 CP: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”.

53 El concepto de funcionario en el ámbito penal se encuentra en el art. 24.2 CP: “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”. Al respecto del mismo, véase GARCÍA ARROYO, CRISTINA, “Algunos aspectos sobre el concepto penal de funcionario público tras la LO 1/2015”, en GALÁN MUÑOZ, ALFONSO (dir.) y MENDOZA CALDERÓN, SILVIA (dir.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs.547 y ss.

54 En tal sentido, véase SAP Granada de 29 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APGR:2017:849).

55 “La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años”.

de los artículos 428⁵⁶ y 430⁵⁷ CP, si el gerente hubiera influido en algún funcionario que debiera emitir informes técnicos o jurídicos que supusieran beneficiar a una empresa en un procedimiento de contratación.

Así, en sentencia de la Sala de lo Penal del de 28 de febrero de 2014⁵⁸ se apunta hacía una necesaria matización tipológica de empresas públicas de cara a poder determinar la naturaleza de sus fondos como caudales públicos o no; algo, evidentemente de máxima relevancia en un caso como el que se nos plantea. En este sentido las diferentes formas societarias operarán de forma diferente según sea la participación de la administración mayoritaria o exclusiva. La citada sentencia analiza las diferencias conceptuales entre patrimonio social y capital, y el hecho de que el capital social sea público no implica necesariamente que el patrimonio lo sea en todo caso. En el caso analizado, donde la sociedad es además mixta, el tema es sumamente relevante de cara a una eventual tipificación de los hechos desde el punto de vista penal.

En este sentido la citada sentencia afirma: “dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública mayoritaria o no, no integran una base apta para hablar de fondos públicos: hay aportaciones privadas y al formarse el capital social con fondos también privados, no puede identificarse éste con el concepto de caudales públicos. Ahora bien, en relación a sociedades con exclusiva participación pública, el capital de la compañía se identifica con el particular del accionista, es decir la Administración, con la consecuencia de poder considerarse el patrimonio social como caudal público a efectos del delito de malversación (idéntica doctrina queda expuesta en la STS de 7 de octubre de 2014)”.

Así, al hilo de la misma se abre la posibilidad de tipificar, en casos de sociedades mixtas donde el patrimonio gestionado no sea necesariamente público, estos casos como un posible delito de apropiación indebida, contemplado en los artículos 253 y 254 CP. Siendo este debate claramente inacabado, lo cierto es que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el 25 de mayo de 2017, en Pleno no jurisdiccional⁵⁹, acordó sobre este particular que siempre tendrá la consideración de patrimonio público —y por tanto será tipificado como delito de malversación de caudales públicos— siempre que la Sociedad tenga participación pública y se den los siguientes requisitos: 1) Que la sociedad esté participada en su totalidad por las personas públicas.- Cuando no sea participada totalmente por administraciones públicas, que lo sean mayoritariamente; y 2) que la sociedad pueda ser considerada como pública por circunstancias concretas que concurren. En el presente caso, por tanto, sociedad mixta, que como va dicho, desde el año 2013 tiene que tener participación mayoritaria de la administración de tutela, de la que integra su perímetro del sector público, estaríamos ante un eventual delito de malversación de caudales públicos.

Más allá de lo comentado sobre la conceptualización del gerente como “funcionario” a efectos penales y sus implicaciones de cara al tipo de la prevaricación administrativa, así como la caracterización de la sociedad a efectos de la tipificación de la malversación, consideramos también relevante hacer una mínima incursión en el tipo del artículo 428 y ss del CP, delito de tráfico de influencias. En el presente caso y dada la configuración como funcionario en sentido antes expuesto, y que el propio artículo 431 CP se encarga de recalcar específicamente para este tipo penal; parece evidente que el tipo de tráfico de influencias tiene perfecto encaje, dado que consta la influencia en un proceso de contratación de cara a conseguir una

⁵⁶ “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevalidándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.

⁵⁷ “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. Si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cuatro años. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

⁵⁸ ECLI:ES:TS:2014:974.

⁵⁹ RJ 2017/4095.

resolución (contrato) que puede generar directa o indirectamente beneficio para si o para un tercero (el gerente de la otra empresa con la que guarda relación de amistad).

Por último, pero no menos importante, cobraría especial relevancia el análisis de responsabilidad penal de la propia persona jurídica, *ex* artículo 31 bis CP y, sobre todo, la existencia de un plan de cumplimiento normativo así como la adaptación de la estructura de la sociedad adaptada —mediante la creación del denominado *compliance officer*— a la prevención de los tipos penales (matriz de riesgo). Este es un ámbito no apuntado en el supuesto analizado, pero de clara relevancia tanto para la derivación de la responsabilidad a la propia persona jurídica como sobre la propia exclusión de la misma si se demuestra haber cumplido con todas las previsiones de prevención del mismo.

CONCLUSIONES

Pudieramos estar ante un claro conflicto de intereses respecto del gerente, por interés personal que pudiera comprometer su imparcialidad. Por otra parte, debería abstenerse en el procedimiento, pues incurre en los tipos establecidos para ello. El gerente además está afectado por el deber de mantener la confidencialidad respecto de aquellos datos del expediente con tal nivel de protección, al igual que los afectados por la legislación de protección de datos.

En cuanto al supuesto de contratación verbal, estaría afectado por un vicio de nulidad, por prescindir totalmente del procedimiento. Penalmente podría incurrir el gerente en varios tipos penales como el de prevaricación, o negociaciones prohibidas a funcionarios.

CUESTIÓN CUARTA.- LOS PRINCIPALES TRÁMITES QUE HABRÍAN DE SEGUIRSE PARA CONTRATAR A UN NUEVO OPERADOR.

MARCO NORMATIVO.

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (en adelante LCSP).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El art. 3 LCSP define el ámbito subjetivo de aplicación de la norma e incluye en el mismo, concretamente en el su apartado 1.1º.h), las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en “el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre”⁶⁰.

En el caso que nos ocupa, la intención de SERVITOTAL, S.A. de adjudicar la prestación del servicio de recogida de residuos nos sitúa ante un CONTRATO DE SERVICIOS, definido en el art. 17 de la LCSP, como aquel “cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”⁶¹.

⁶⁰ Al respecto del precepto, véase TEJEDOR BIELSA, JULIO CESAR, “Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 18, 2018 (Ejemplar dedicado a: La Ley de Contratos del Sector Público), págs. 59 y ss.

⁶¹ Tras la entrada en vigor de la nueva LCSP conllevó la desaparición de la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos, entre los que se encontraba la concesión. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones, a la ya existente figura de la concesión de obras (cfr. SASTRE BECEIRO, MÓNICA, “La distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios

Tal y como se aclaró anteriormente, la entidad SERVITOTAL, S.A. es un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública, y por ello mismo se debe prestar atención al Título I y Título II del Libro Tercero de la LCSP, relativo, respectivamente a Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas y Contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, esto es, sus arts. 316 a 320, y arts. 321 y 322, pero siempre sin dejar de lado lo dispuesto en el art. 26.3 de la norma, relativo a los contratos privados celebrados por los adjudicadores⁶². Así, a diferencia de lo que se preveía en la legislación anterior, los PANAP (o lo que es igual, los poderes adjudicadores no Administración Pública) no están obligados a aprobar instrucciones internas de contratación⁶³, según dispone el art. 321.1 LCSP⁶⁴; obligación que solo se mantiene respecto de las entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador.

Por su parte, según el art. 26.3 LCSP, los contratos que celebren los PANAP tendrán la consideración de contratos privados, debiendo distinguirse, por un lado, entre el régimen jurídico de los actos de preparación y adjudicación (según estén sujetos o no a regulación armonizada —contratos SARA2—), y por otra, el régimen de los efectos y extinción. Esta regulación puede quedar así sintetizada:

Una vez definido el objeto del contrato, establecido el presupuesto base y el valor del mismo, de acuerdo con los arts. 100 y 101 LCSP, relativos al presupuesto base de licitación y al valor estimado de los contratos, se comienza con las fases de preparación y adjudicación, así en los contratos SARA, como es el caso de la licitación que deberá promover el PANAP, y con relación a SERVITOTAL, S.A., serán de aplicación idénticas normas que las previstas para los contratos de las Administraciones Públicas, incluidas en las secciones 1.a) y 2.a) del Capítulo I del Título I del Libro II de la LCSP (arts. 115 a 187). Serán de aplicación, por tanto, las normas relativas a las consultas preliminares, al expediente de contratación, a los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas, y a los procedimientos de adjudicación abierto en éste caso, tramitándose el expediente de contratación, incorporando la justificación de la necesidad del contrato, y publicando en el perfil del contratante, incorporando al expediente las cláusulas administrativas particulares, y las de prescripciones técnicas; deberá justificarse la elección del sistema de licitación, la clasificación exigible a los licitadores, los criterios de solvencia económica, técnica exigida. Posteriormente el expediente de contratación debería ser aprobado.

Con carácter general, y sin perjuicio de las especialidades previstas en los art. 19 y ss. LCSP, relativos a “Contratos sujetos a una regulación armonizada”, se encuentran sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios con valor estimado igual o superior a 215.00 euros, siendo el valor previsto para el contrato de recogida de residuos que SERVITOTAL, S.A. va a licitar, de 4.000.000 de euros, por lo que se

en la nueva Ley de contratos del sector público”, en MELGAREJO MORENO, JOAQUÍN [coord.] y FERNÁNDEZ ARACIL, PATRICIA [coord.], *Congreso Nacional del Agua Orihuela. Innovación y Sostenibilidad*, Universidad de Alicante, 2018, págs. 609 y ss.).

⁶² “Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación.

En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205”.

⁶³ Sobre todo ello, véase DÍEZ SASTRE, SILVIA, “Los poderes adjudicadores. La contratación del sector público que no es administración pública”, en *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 205, 2017, págs. 362 y ss.

⁶⁴ “1. Los órganos competentes de estas entidades aprobarán unas instrucciones en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145.

Estas instrucciones se pondrán a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos regulados por ellas y se publicarán en el perfil de contratante de la entidad.

En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la entidad”.

incluye en los supuestos contratos armonizados SARA. Estos importes son objeto de actualización periódica por parte de la Comisión europea, segundo lo previsto en la DA 11ª da LCSP⁶⁵.

Por lo que se refiere ya a sus efectos y extinción, aquí se aplicarán las normas de derecho privado, salvo en el relativo a las obligaciones en materia medio ambiental, social o laboral⁶⁶; condiciones especiales de ejecución⁶⁷; modificación contractual⁶⁸; cesión y subcontratación⁶⁹; racionalización técnica de la contratación⁷⁰; y condiciones de pago previstas en los artículos 198, 210 e 243 LCSP. En caso de modificaciones por importe superior a 6.000.000 de euros y mayor al 20% del precio inicial del contrato (IVE excluido), será necesaria autorización de la Administración de tutela adscripción, en este caso, del Concello de Artabria.

Por su parte, será causa de resolución, en todo caso, la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados cuando no sea legalmente posible su modificación, debiendo tenerse presente aquí el art. 211.1.i), que establece como causa de resolución del contrato “el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato”.

Por último, y por lo que se refiere a la mesa de contratación y composición, descendiendo ya a la concreta cuestión formulada, relativa a la mesa de contratación, y teniendo en cuenta que, según la información facilitada no existen instrucciones internas de contratación en la sociedad mercantil (que, como ya se indicó, no son obligatorias), podemos considerar que la mesa de contratación únicamente sería exigible en los contratos que se encuentran sometidos a las normas de los procedimientos de adjudicación de la LCSP, por ser SARA o de cuantía superior.

Respecto de la composición de la mesa de contratación, no resultaría de aplicación el art. 329 LCSP, relativo al “Comité de cooperación en materia de contratación pública”, por lo que SERVITOTAL, S.A. tendría autonomía para decidir la composición de la mesa de contratación. Siguiendo el esquema previsto para las Administraciones Públicas, parece aconsejable que la mesa esté constituida por un mínimo de tres miembros que asuman los roles de presidente/a, vocal y secretario/a. De esta manera, la presidencia podría asumirse por quien ostente las competencias de gerencia de la entidad (salvo que tenga por delegación competencia para contratar), la secretaría por personal de la propia entidad que, de manera habitual, asuma funciones de gestión o administrativas, y la vocalía por quien asuma la asistencia jurídica de la entidad, con el fin de dotar de seguridad jurídica las decisiones que adopte la mesa de contratación. Además, de considerarse necesario y tener disponibilidad, podría incorporarse un vocal más especializado en materia económico-financiera. En todo caso, la composición de la mesa de contratación, que podrá ser de carácter permanente para todas las licitaciones de la entidad, o específica para cada expediente de contratación, deberá acordarse por el órgano competente de la entidad mercantil (presumiblemente, por el Consejo de Administración), y publicarse en el perfil del contratante antes del inicio de la licitación para que pueda ejercerse por los licitadores el derecho de recusación.

CONCLUSIONES

Estamos ante un supuesto en el que SERVITOTAL es un PANAP, un poder adjudicador que, rigiéndose por la LCSP, en cuanto a las tareas de preparación y adjudicación conforme a los artículos 316 y 317 de la norma debe someterse a lo previsto respecto a los contratos SARA, y respetando en todo caso un procedimiento basado en la libre concurrencia y la transparencia.

⁶⁵ “Las cifras que, en lo sucesivo, se fijen por la Comisión Europea sustituirán a las que figuran en el texto de esta Ley. El Ministerio de Hacienda y Función Pública adoptará las medidas pertinentes para asegurar su publicidad”.

⁶⁶ Cfr. Art. 201 LCSP.

⁶⁷ Cfr. Art. 202 LCSP.

⁶⁸ Cfr. Arts. 203 a 205 LCSP.

⁶⁹ Arts. 214 a 217 LCSP.

⁷⁰ Arts. 218 a 228 LCSP.

CUESTIÓN QUINTA: SITUACIÓN EN LA QUE QUEDARÍAN LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA “RECOGÉTÚ, S.L.” UNA VEZ SE DEJE DE PRESTAR EL SERVICIO.

MARCO NORMATIVO

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (en adelante LCSL)
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante ET).
- Resolución de 17 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, *por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado.*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- SUBROGACIÓN EN LA NORMATIVA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Aquí debemos de partir de la base de que cuando la Administración Pública (en cualquiera de sus manifestaciones, incluido el supuesto que aquí nos ocupa) actúa como empresario, no puede eludir la aplicación de la normativa laboral, debiendo ser tratada jurídicamente como un empresario más⁷¹. De igual manera, en estas ocasiones la Administración Pública no puede eludir las previsiones de la normativa europea relativa a la transmisión de empresas, manifestando al respecto la sentencia del TJUE, de 13 de junio 2019⁷², que “la circunstancia de que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho público no puede excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23, con independencia de que dicha persona jurídica sea una empresa pública encargada de un servicio público o un ayuntamiento. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha reconocido que el hecho de que el cesionario sea un municipio no impide, como tal, que dicha Directiva sea aplicable a la transmisión de las actividades de una empresa a un municipio”.

Porque, en definitiva, si de lo que hablamos aquí es de la futura contratación de un nuevo gestor, entiendo que resultan de aplicación las previsiones contenidas en el art. 44 del ET⁷³, relativo a la sucesión de empresas, cuyo apartado 1 señala que “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”. Por su parte, el apartado 2 de ese mismo precepto entiende que “se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Obviamente, todo ello sin olvidar lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, relativa a la “Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de

⁷¹ Así lo viene concluyendo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde hace lustros: “Esto «no quiere decir que las Administraciones Públicas cuando actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales, estén exentas de atenerse y no tengan que respetar la normativa general, coyuntural y sectorial, que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo, lo cual chocaría frontalmente con el principio constitucional de legalidad»; de lo que deduce que en estos casos «en definitiva no es posible eludir el art. 15 del ET y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal»” (STS [Sala de lo Social] de 20 de enero de 1998 [Rec. núm. 317/1997]).

⁷² Asunto C-317/18. Caso C.C.M. contra Municipio de Portimão.

⁷³ Acerca del supuesto que nos ocupa, véase TARABINI-CASTELLANI AZNAR, MARGARITA, “Sucesión de empresa en la sucesión de contratos” en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE (dir.) y CANO GALAN, YOLANDA (coord.), *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, BOE, Madrid, 2021, págs. 983 y ss.

los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad”⁷⁴.

Y digo que aquí partimos de la base de que el servicio sería contratado a un nuevo gestor porque si se tratase de la asunción por el propio ayuntamiento el resultado sería (como regla general) el mismo, ya que, según la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, “La doctrina jurisprudencial sostiene que la reversión de un servicio público por parte de una Administración pública, la cual asume un servicio anteriormente externalizado, pasando a realizarlo en las mismas instalaciones, con los mismos medios materiales y asumiendo una parte sustancial de la plantilla que utilizaba la anterior contratista, constituye un supuesto de sucesión empresarial subsumible en el art. 44 del ET aun cuando los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad hayan pertenecido siempre a la Administración pública porque resulta irrelevante si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales a dichos efectos”⁷⁵.

Presumiendo, pues, la aplicación de las previsiones normativas acerca de la sucesión de empresa contenidas en el art. 44 ET, la resolución del supuesto que nos ocupa exige atender a la clase de contratos de los trabajadores de la empresa “RECOGETÚ, S.L.”. En estas ocasiones, lo más habitual era acudir al contrato temporal para obra o servicio recogido en el art. 15 ET, cuya duración solía corresponder con la duración de la obra o el servicio de que se tratase. Sucede, sin embargo, que recientemente el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo⁷⁶, eliminó cualquier referencia al contrato de obra o servicio. Y de acuerdo con su Disposición Transitoria 3^a, “Los contratos para obra y servicio determinado basados en lo previsto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción vigente antes de la entrada en vigor del apartado tres del artículo primero, celebrados antes del 31 de diciembre de 2021, así como los contratos fijos de obra suscritos en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del VI Convenio Estatal de la Construcción, que estén vigentes en la citada fecha, resultarán aplicables hasta su duración máxima, en los términos recogidos en los citados preceptos”.

Lógicamente, tras la entrada en vigor de esta última norma⁷⁷, el recurso a tal clase de contratación resulta inviable. Y así, de acuerdo con la nueva configuración de las modalidades de contratación laboral, el contrato adecuado en caso de contrata y subcontratas de obras y servicios no es otro que el contrato fijo-discontinuo, regulado en el art. 16 ET, cuyo apartado 1 se refiere específicamente al supuesto que aquí nos ocupa: “El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”⁷⁸.

Se trata, no obstante, de una opción normativa a la que ya se había referido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo antes de la reforma, prescribiendo en ciertas ocasiones, como regla general, el recurso a la

⁷⁴ DOL 22 marzo 2001, núm. 82.

⁷⁵ STS (Sala de lo Social) de 25 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4156).

⁷⁶ BOE de 30 de diciembre de 2021.

⁷⁷ Que según su disposición adicional 8^a presenta diversos plazos: “1. Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», a excepción de los preceptos a los que se refiere el apartado 2.

2. Entrarán en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» los siguientes preceptos: a) El apartado uno del artículo primero, de modificación del artículo 11 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

b) El apartado tres del artículo primero, de modificación del artículo 15 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria tercera.

c) El apartado cuatro del artículo primero, de modificación del artículo 16 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

d) El apartado siete del artículo tercero, por el que se introduce, en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, una nueva disposición adicional cuadragésima primera, de medidas de protección de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED regulado en el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

e) El apartado nueve del artículo tercero, por el que se introduce, en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, una nueva disposición adicional cuadragésima tercera, sobre cotización a la Seguridad Social de los contratos formativos en alternancia.

f) Los apartados 2 y 3 de la disposición derogatoria única”.

⁷⁸ Sobre el mismo, véase NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, PILAR, “El contrato fijo discontinuo. Precisiones conceptuales, requisitos y derechos de las personas trabajadoras”, en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 17, 2022, págs. 120 y ss.

contratación temporal para obra o servicio⁷⁹, concluyendo que en determinadas ocasiones esta no era la adecuada tratándose de contratos de obras o servicios, estimando que el contrato adecuado para ello no era otro que el indefinido, o incluso el contrato a tiempo parcial o el fijo-discontinuo, siempre dependiendo de la clase de actividad a la que se refiera la contrata. Afirma así nuestro alto tribunal que en estas ocasiones “no sólo debe rechazarse que estemos ante una relación laboral de carácter temporal en base a la desnaturalización de la causa que la justifica; sino que, debemos plantearnos la propia licitud de acudir a este tipo de contrato temporal ... [ya que] Resulta difícil seguir manteniendo que este tipo de actividades justifique el recurso a la contratación temporal y que una empresa apoye la esencia de su actividad en una plantilla sujeta al régimen de indeterminación de las relaciones laborales”⁸⁰.

Sea como fuere, en esta ocasión, a falta de mayores previsiones en el caso que nos ocupa, debemos partir de la base de que el recurso al contrato para obra o servicio es el más adecuado, y de igual manera, que los contratos fueron formalizados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral. Pero lo verdaderamente trascendente aquí no es más que la situación de los trabajadores en el momento en el que se produzca la contratación de una nueva empresa para cumplir el servicio encomendado a día de hoy a la empresa “RECOGETÚ, S.L.”. Pues bien, a tales efectos debemos tener en cuenta lo dispuesto en el art. 44 del ET que, como se sabe, viene referido a la sucesión de empresa, y que puede resultar aplicable a la sucesión de contratos. Y así lo viene concluyendo desde hace años tanto la jurisprudencia europea⁸¹ como la española⁸². Y de igual manera debemos prestar atención a lo dispuesto en el art. 130.1 de la LCSP, donde se establece que “Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo”. No obstante, debe advertirse que se trata simplemente de una previsión de carácter informativo⁸³, que impone la obligación de información a la administración, dado que la obligación de subrogación deriva de las normas laborales y/o de los convenios colectivos; y no, de la relación contractual administrativa.

Partiendo, pues, de la base de que nos encontramos frente a contratos para obra o servicio determinado en relación con los trabajadores de “RECOGETÚ, S.L.”, y partiendo igualmente de la base de una futura contratación para el servicio de recogida de residuos municipales, resta por determinar qué pasará con los trabajadores de esta última empresa cuando sea sustituida por otra en dicho servicio. Y para ello, como decimos, lo que debemos determinar ahora es si ello supondrá una sucesión de empresa, así como las consecuencias derivadas de tal consideración.

SEGUNDA.- ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES TIPOS DE SUBROGACIÓN LABORAL.

Por ello, para dar cumplida respuesta a la cuestión de en qué situación quedarían los trabajadores de la empresa “RECOGETÚ, S.L.” una vez que esta empresa deje de prestar el servicio, es necesario analizar los supuestos posibles de subrogación del personal laboral para poder determinar si sería posible al amparo

⁷⁹ Algo que ya había sido recogido por la doctrina, por ejemplo, en SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO, “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo. La inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, en *Revista de derecho social*, núm. 39, 2007, págs. 21 y ss.

⁸⁰ STS (Sala de lo Social) de 29 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4383).

⁸¹ Según una STJUE de 26 de noviembre de 2015 (Caso Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) contra Luis Aira Pascual y Otros), “El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa”.

⁸² Al respecto, véase STS (Sala de lo Social) de 10 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2471).

⁸³ Tal y como afirma una STS (Sala de lo Social) de 11 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4316).

de la normativa actualmente vigente. Pues bien, atendiendo a la normativa actual sobre sucesión de empresas, a la que se debe añadir la hermenéutica judicial, a día de hoy la obligación de subrogación puede derivar de:

A. Un convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

Supongamos que en esta ocasión no existe una transmisión empresarial en los términos que se regulan ni en el art. 44 ET ni en el ap. 1 del art. 1 de las Directivas Comunitarias. Pero supongamos igualmente que el convenio aplicable obliga a la empresa entrante a asumir la totalidad de la plantilla de la empresa saliente. Pues bien, en tales ocasiones deberá estarse a la previsión convencional al respecto. Y así lo viene concluyendo la jurisprudencia laboral desde hace lustros, concluyendo que en estos casos “la posible subrogación de la empresa entrante con relación a los derechos y obligaciones laborales de la saliente de producirse no lo sería por aplicación de tales normas sino con fundamento en el convenio colectivo aplicable ... a cuyos presupuestos, extensión, y límites debe estarse”⁸⁴.

Lógicamente, aquí debemos partir de la aplicabilidad del convenio de que se trate (estableciendo la sucesión de empresa) a ambas empresas, ya que en caso contrario entraríamos en la discusión acerca del convenio colectivo aplicable, lo que podría llevar a la inexistencia de una transmisión de empresa, y por ello mismo la ausencia de exigibilidad a la empresa entrante de hacerse cargo de los trabajadores de la empresa saliente, tal y como viene sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, en sentencia de fecha 30 de marzo de 2022⁸⁵.

Sea como fuere, suponiendo que el convenio de que se trate sea de aplicación a ambas empresas, y suponiendo igualmente que el mismo contenga una previsión relativa a la sucesión de empresas, al mismo deberá estarse, ya que según el art. 82.3 del ET, “Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”. Eso sí, en estas ocasiones deberá estarse a lo que disponga el convenio de que se trate, sin que se pueda ir (mejor, sin que exista la necesidad de ir) más allá de lo previsto convencionalmente⁸⁶. Y es que, según el art. 82.1 del ET “Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva”.

Un repaso a las bases de datos al uso nos muestra que en nuestra CC.AA. no existe (al menos aparentemente) un solo convenio relativo a la actividad que nos ocupa. Por lo que se refiere al resto de comunidades autónomas, tampoco he encontrado referencia alguna en los distintos convenios analizados (más de un centenar). No sucede lo mismo en el ámbito estatal. Mediante Resolución de 17 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado⁸⁷, que dedica su Capítulo XI a la “Subrogación de personal” (art. 49 y ss.). Así, el art. 49 prevé lo siguiente: “Uno de los aspectos que se ha considerado de especial trascendencia regular en el presente Convenio general es la subrogación de personal, como figura diferenciada y distinguible de la sucesión empresarial, no está establecida por vía legal, sino exigida a través de la negociación colectiva. Habida cuenta las características del presente sector de actividad, en el que sólo opera la sucesión de empresa (y las responsabilidades y consecuencias aparejadas a la misma) si concurren las circunstancias legales y jurisprudencialmente exigidas para ello, así como la necesidad de contribuir a la estabilidad en el empleo dentro del sector, las partes acuerdan regular la subrogación del personal con ocasión de la sustitución de entidades que se sucedan, en una concreta actividad o varias de las reguladas en el ámbito funcional del presente Convenio”.

Por su parte, el art. 50 de la norma paccionada establece la subrogación del personal cuando tenga lugar un cambio de entidad prestataria del servicio en cualquier actividad de las reguladas en el ámbito funcional del presente Convenio, y en los términos de este artículo. Dicha subrogación de personal se producirá, entre las entidades que se sucedan, mediante cualquiera de las modalidades de gestión de

⁸⁴ STS (Sala de lo Social) de 10 de diciembre de 1997 (Rec. núm. 164/1997).

⁸⁵ ECLI:ES:TS:2022:1246.

⁸⁶ Al respecto, véase STS (Sala de lo Social) de 9 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2908).

⁸⁷ BOE de 30 de julio de 2013.

servicios públicos, contratos o concesiones para la explotación de estos, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo⁸⁸. Y si acudimos a su ámbito funcional, encontramos que, de acuerdo con sus arts. 2 y 6, “el presente Convenio obligará a todas las asociaciones, empresas, personas y entidades comprendidas dentro de su ámbito funcional y personal en territorio español”, esto es, “personal de los servicios de limpieza pública, viaria, playas, aguas litorales, aguas interiores, ríos y cauces fluviales, limpieza de zonas terrestres de los puertos y aeropuertos, riegos, recogida (selectiva -envases, vidrio cartón, etcétera-, o no), y limpieza y conservación de alcantarillado, transporte, tratamiento y eliminación de los residuos sólidos urbanos, las actividades propias de puntos limpios, vertederos, y las que se efectúan para la eliminación, por cualquier método, de dichos residuos, así como su recepción y/o transformación, siempre que guarden relación directa con las empresas contratistas de los servicios adjudicados por las administraciones públicas, y actividades complementarias y afines al saneamiento público dependientes tanto de empresas privadas como de entidades públicas, respecto de quienes no tengan la consideración de funcionarios”.

Por lo tanto, a falta de mayores precisiones en el caso que nos ocupa, entiendo que podrían operar tales previsiones convencionales, por lo que nos encontraríamos con un supuesto de sucesión de empresa de carácter convencional. Y siendo así, de un lado, habría que atender a las previsiones del convenio colectivo para llevar a efecto la sucesión de empresa; y de otro lado, ello traería como consecuencia la aplicación (como derecho necesario) de lo dispuesto en el art. 44 del ET, en particular en lo que se refiere a las obligaciones de las empresas implicadas. Debe advertirse, no obstante, que las previsiones convencionales deben ceder siempre frente a lo previsto normativamente, tal y como señaló en su momento una STJUE de 11 de julio de 2018⁸⁹; sentencia esta que vino a provocar un cambio en la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y que resume una STS de 27 de septiembre de 2018⁹⁰, sosteniendo que “el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subrogue en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica”. De este modo, “el concepto de «entidad económica» ... es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso”. Así, “siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca”. En definitiva, “el origen convencional de la asunción de una parte significativa de la plantilla no puede servir para obviar los efectos de la subrogación empresarial (con asunción de los derechos y obligaciones del empleador saliente)”. De este modo, “hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratadas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante”, como puede ser el caso de aquellas actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, en cuyo caso la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET. Ahora bien, cuando lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal, y el hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina. Conviene indicar aquí, por último, que la sentencia de la que trae causa el recurso de casación (y que fue declarada firme) consideró que “la aplicación de lo previsto en el convenio colectivo comporta una sucesión de plantilla subsumible en el art. 44 ET, por lo que la nueva contratista debe responder solidariamente del pago de las deudas salariales contraídas por su antecesora”.

B. Subrogación ex lege.

Fuera de este supuesto, la subrogación puede producirse igualmente por vía legal, o lo que es igual, *ex lege*, lo que no es más que la clásica “sucesión de empresas” del artículo 44 del ET. En este sentido, el

⁸⁸ El apartado 2 del mismo artículo establece los supuestos en los que se producirá la mencionada subrogación, estableciendo una serie de requisitos.

⁸⁹ Caso A. S. H. y Otros contra Esabe Vigilancia, S.A. y Otros.

⁹⁰ Rec. núm. 2747/2016.

art. 44 del ET señala que “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”.

Así, en materia de sucesión de contratas, como el caso que aquí nos ocupa, para que opere la sucesión de empresa es necesario que se cumplan los postulados de dicho precepto. Y para ello debe prestarse a tención a que dicho apartado 2 fue reformado en el año 2001 como consecuencia de la trasposición de la Directiva 2001/23/CE. La STJUE 13 de junio 2019 (C-317/18) señala los objetivos de esta Directiva. De este modo, para que sea posible la subrogación por esta vía deberían analizarse en profundidad las características de la prestación objeto del contrato para poder determinar el cumplimiento de lo establecido en el art. 44.2 del ET.

A este respecto, es numerosa la jurisprudencia sobre los aspectos que deben evaluarse para su determinación. En este sentido, la jurisprudencia laboral viene distinguiendo desde hace años (precisamente por causa de la doctrina comunitaria) entre “sucesión de empresa-organización” y “sucesión de empresa-actividad”. Así, siguiendo la doctrina sentada ya desde antiguo por una sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1997⁹¹, para apreciar la existencia de un supuesto de hecho legal de sucesión de empresa se hace necesario prestar atención a “la consideración conjunta o armónica de los distintos preceptos que integran la norma sobre sucesión de empresa ... [lo que] permite afirmar que el supuesto de hecho de la misma está integrado por dos requisitos constitutivos. El primero de ellos es el cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, en la dicción del art. 44 ET). Este cambio de titularidad puede haberse producido en virtud de un acto «inter vivos» de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario), o puede también haberse producido por la transmisión «mortis causa» de la empresa o de una parte significativa de la misma. Así se deduce de los términos del propio art. 44 ET, y de la cláusula «sin perjuicio» del art. 49.1, g) Estatuto de los Trabajadores. El segundo requisito constitutivo del supuesto legal de sucesión de empresa es que los elementos cedidos o transmitidos del activo de la empresa constituyen una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada. No basta la simple transmisión de bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial precedente. El art. 51.11 ET habla al respecto de elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial”.

En este mismo sentido, la reciente jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recogiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, viene afirmando que “La interpretación de la norma ha de realizarse ... a la luz de la normativa Comunitaria Europea ... y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”⁹². Así, el Tribunal Supremo ha concluido que: 1º) “el elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude”; 2º) “la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada ..., infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”; 3º) “para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela,

⁹¹ Rec. núm. 300/1997.

⁹² STS (Sala de lo Social) de 28 de abril de 2009 (Rec. núm. 4614/2007).

así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente”; 4º) “la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que “ la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa”; 5º) “la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva”; 6º) “a la vista de todo lo anteriormente expuesto se ha de concluir que para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad”; y 7º) “en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad”.

Es claro, pues, que para que exista sucesión de empresa se exige “la concurrencia de un elemento básico cual es el que la titularidad de la empresa o el centro de trabajo pase de una persona a otra, entendiendo por empresa o centro de trabajo una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente, o como con acertado criterio señala el apartado 2 del texto actualmente vigente, introducido a partir de la transposición efectuada de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, que «la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio» -art. 1.b)-, pues solo a partir del cumplimiento de esa condición esencial puede empezarse a discutir sobre el alcance de aquella transmisión sobre los derechos de los trabajadores”⁹³.

En consecuencia, a día de hoy, de acuerdo, por ejemplo, con una STJUE de 11 de julio de 2018⁹⁴, resulta que: 1) Para que la Directiva 2001/23 (sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad) sea aplicable, la transmisión debe tener por objeto una «entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio», y para determinar si concurre efectivamente este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades, y estos elementos deben apreciarse en el marco de una evaluación de conjunto de las circunstancias del caso y, por lo tanto, no

⁹³ STS (Sala de lo Social) de 23 de noviembre de 2004 (Rec. núm. 6432/2003).

⁹⁴ Caso A. S. H. y Otros contra Esabe Vigilancia, S.A. y Otros.

pueden apreciarse aisladamente; 2) en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable; y 3) la identidad de una entidad económica que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puede mantenerse si el supuesto cesionario se ha hecho cargo de una parte esencial del personal de esa entidad; y) el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.

Esta resolución, a su vez, provocó un cambio en la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular. En su sentencia de 27 de septiembre de 2018⁹⁵, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo acoge la jurisprudencia del TJUE, declarando, en primer lugar, y por lo que aquí interesa, que: 1) En determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica; 2) ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea; 3) en este supuesto, el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable; y 4) la incorporación de una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla anterior hace que en el supuesto de cambio de titular concorra el elemento material necesario, aun cuando sea humano, para que la actividad productiva se conduzca de manera autónoma y dé lugar así a la sucesión empresarial el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, con lo que la doctrina comunitaria deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria.

En conclusión, analizadas los posibles orígenes de la subrogación, y aplicándolo al caso concreto podemos deducir lo siguiente: 1) Sería posible la subrogación convencional de conformidad con lo dispuesto en el apartado A; y 2) en el caso de que se dieran los presupuestos del art. 44 ET operaría la sucesión de empresas. Ahora bien, el hecho de que se produzca por una u otra vía tiene ciertas connotaciones, ya que: 1) La subrogación convencional supone la obligación de subrogación en los términos que fija el convenio, pero con límites como la antigüedad de los trabajadores en la empresa, o lo dispuesto en el art. 44 del ET, con sujeción incluso a ciertas formalidades y a la entrega de documentación⁹⁶; y 2) la sucesión de empresas genera una obligación *ope legis*, siendo su alcance más amplio, así el art. 44.1 TRET señala: “quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”. Por su parte, el art. 44.3 TRET establece que “Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito”. La sucesión, por tanto, se produce en las mismas condiciones económicas y laborales que tuviera en la empresa de origen.

⁹⁵ Rec. núm. 2747/2016.

⁹⁶ Al respecto, véase STSJ Castilla La Mancha (Sala de lo Social) de 18 de enero de 2019 (Rec. núm. 1783/2018).

TERCERA. - ASUNCIÓN DE GASTOS DE DESPIDO.

A pesar de que se ha concluido en la consideración SEGUNDA que resultaría de aplicación, al menos la subrogación convencional, y siendo posible la sucesión de empresas, se plantea que, en caso de despido de esos trabajadores, quién debería asumir los costes de despido. Sin embargo, la subrogación convencional presupone lo contrario, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 44 del ET (de aplicación, repito, en cualquier supuesto), la sucesión en la contrata “no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”. Y es que, el traspaso implica la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del anterior respecto a los trabajadores cedidos (con relaciones de trabajo vivas), así como la subrogación respecto de las deudas laborales (inclusive indemnizaciones por despido) que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar con antiguos trabajadores⁹⁷.

Además de ello, en el caso de que cualquiera de las empresas (tanto la entrante como la saliente) decida despedir a los trabajadores, entraría en juego lo dispuesto en el art. 44.3 del ET, que ya conocemos: “Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”. Señala incluso el precepto que “El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito”.

Conviene advertir, no obstante, que, tratándose de una contrata de obras o servicios, el ET dedica uno de sus preceptos a esta concreta institución jurídica. Se trata de su art. 42, que se rubrica de manera errónea “Subcontratación de obras y servicios”, y que en su apartado 2 indica que “La empresa principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata. De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con las personas trabajadoras a su servicio responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo”. Parece evidente, en cualquier caso, que la referencia a las obligaciones de naturaleza salarial no comprende las indemnizaciones por despido, por lo que únicamente podrá ser achacada responsabilidad a ese respecto a las empresas contratadas⁹⁸.

Debemos suponer, pues, que la nueva adjudicataria, habida cuenta la existencia de un supuesto de sucesión de empresa, se hará cargo de la totalidad de los trabajadores de la empresa saliente. Fuera de este supuesto, pueden acontecer las siguientes situaciones:

1ª.- Que la empresa “RECOGETÚ, S.L.” decida extinguir los contratos de sus trabajadores ante la pérdida de la contrata, antes o después de la fecha de finalización de la misma. Lógicamente, al tratarse de una situación posterior a la misma, según el art. 44.3 del ET, la única responsable del abono de las indemnizaciones que corresponderían (cualesquiera que puedan ser las que comentaremos seguidamente) sería esta última empresa. En cambio, si la extinción se produce con anterioridad, y siempre de acuerdo con este último precepto, “cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”.

Pues bien, en estas situaciones la Sala de lo Social del Tribunal Supremo viene concluyendo que la pérdida de la contrata puede constituir causa objetiva (productiva y organizativa) y justificar la extinción de los contratos de trabajo adscritos a dicha contrata de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 51 y ss. ET, sin que la legislación vigente imponga a la entidad empleadora la obligación de agotar todas las posibilidades de

⁹⁷ Al respecto, véanse SSTS (Sala de lo Social) de 15 de julio 2003 (Rec. 3442/2001) y 4 de octubre 2003 (Rec. 585/2003).

⁹⁸ Cfr. RON LATAS, RICARDO PEDRO, “¿De qué responsabilidades puede exonerar al empresario la certificación de la que habla el art.42.1 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratas y subcontratas?”, en *Foro galego: revista xurídica*, núm. 195, 2006, págs. 47 y ss.

recolocación del trabajador en la empresa, siendo irrelevante que con posterioridad a la rescisión de la contrata y de la extinción del contrato se ofertaran puestos de trabajo.

Obviamente, esas circunstancias pueden producirse si no existe (como aquí sucede) un supuesto de sucesión de empresa. En estos casos, según una STS (Sala de lo Social) de 14 de septiembre de 2022⁹⁹, “la pérdida de una contrata puede constituir causa objetiva, productiva y organizativa, y justificar la extinción de los contratos de trabajo adscritos a dicha contrata si la medida es razonable y proporcionada por producirse un desajuste entre los medios de que dispone la empresa y sus necesidades, sin que, por otro lado, la empleadora esté obligada a agotar todas las posibilidades de recolocación en la empresa”. De esta manera, “la rescisión de una contrata puede tener virtualidad como causa productiva u organizativa del artículo 52 c) ET”, sin que el precepto imponga “a la entidad empleadora la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, ni tampoco aquella viene obligada, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado a otro puesto vacante de la misma”.

En consecuencia, dependiendo del número de trabajadores afectados¹⁰⁰, la extinción contractual podrá considerarse despido objetivo colectivo o individual, de acuerdo con los arts. 51 y 52 del ET, con las consecuencias económicas que se recogen en el art. 51.4 y art. 53.1.b) del ET, esto es, “poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

Téngase en cuenta que aquí nos estamos refiriendo a contratos indefinidos o fijo discontinuos, ya que si se tratase de contratos para obra o servicio la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entiende que no es aplicable la indemnización de 20 días, establecida para los despidos objetivos, a los supuestos de terminación regular de los contratos temporales, correspondiendo la establecida en el art. 49.1 c) del ET¹⁰¹. Y es que, según una STS (Sala de lo Social) de 11 de enero de 2022¹⁰², “la finalización válida de los contratos temporales conlleva la indemnización que, en cada caso, esté prevista normativamente si así lo ha dispuesto el legislador. En modo alguno, puede anudarse a la válida extinción de este tipo de contratos la indemnización prevista por la Ley para supuestos radicalmente distintos como son las causas objetivas contempladas en el artículo 52 ET”.

Ahora bien, al haber concluido que nos encontramos frente a un supuesto de sucesión de empresa, la decisión de la empresa “RECOGETÚ, S.L.” de extinguir los contratos de sus trabajadores no puede más que ser considerada como un supuesto de despido disciplinario improcedente (al encontrarnos con un fraude de ley), con las consecuencias legales que recoge el art. 56.1 del ET¹⁰³, o lo que es lo mismo, la consecuencia necesaria de la extinción de contratos de trabajo sin causa habilitante para ello. Recuérdese que conforme a lo establecido en el art. 44.1 del ET, el nuevo empresario quedará en todo caso “subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”.

2ª.- Que la empresa “SUPERLIMPIA, S.L.” decida no subrogar a los trabajadores de la empresa saliente. En estos casos, conforme a lo dispuesto en el art. 44.1 ET, ya sabemos que la sucesión de empresa opera *ex lege*, por lo que una vez que dicha empresa haya comenzado a prestar los servicios contratados los trabajadores de la saliente deberían trabajar en los mismos, al ser considerados trabajadores de

⁹⁹ ECLI:ES:TS:2022:3448.

¹⁰⁰ Conforme a lo dispuesto en el art. 51.1 del ET, la extinción contractual será colectiva si “en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”.

¹⁰¹ “A la finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación”.

¹⁰² ECLI:ES:TS:2022:110.

¹⁰³ “Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

“SUPERLIMPIA, S.L.”. Por lo tanto, la decisión de esta última empresa debe suponer la calificación como despido improcedente de los trabajadores no subrogados, con las consecuencias económicas que contempla el art. 56.1 del ET.

Así lo confirma, por ejemplo, una STS (Sala de lo Social) de fecha 23 de marzo de 2022¹⁰⁴, en la que se concluye que la oposición de la nueva empresa adjudicataria de subrogar al personal de la empresa saliente constituye un fraude de ley, debiendo calificarse esa decisión como despido improcedente. Asegura así la citada resolución que “es evidente que si la empresa entrante se opuso a la subrogación de todo el personal de la empresa saliente ... es evidente que la empresa entrante, que no ha asumido a trabajador alguno de la empresa saliente ... ha incurrido en un fraude de ley, constituyendo aquella decisión un despido carente de justificación cuyas consecuencias legales deben recaer sobre la misma y no sobre la empresa saliente aquí recurrente”. Como se ve, el propio Tribunal Supremo, en clara aplicación del art. 44.3 del ET, entiende que la empresa entrante en estos casos es la única responsable del abono de la indemnización que corresponda.

3ª.- Que la empresa “SUPERLIMPIA, S.L.” decida subrogar a los trabajadores de la empresa saliente, pero despedirlos una vez consumada la transmisión de empresa. Como es fácil suponer, y ya se ha manifestado anteriormente, se trataría de un despido en fraude de ley, con las consecuencias inherentes a tal declaración. Pese a ello, la jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de extinguir estos contratos mediante las herramientas que proporcionan los arts. 51 y 52 del ET. De esta manera, se pueden encontrar sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en este sentido.

Así, por ejemplo, según una STS (Sala de lo Social) de 29 de marzo de 2022¹⁰⁵, aunque la nueva adjudicataria está obligada, aun en el supuesto de reducción de la contrata, a asumir toda la plantilla cuando se ha producido la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad (en actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial lo relevante es que se haya asumido una parte esencial de la plantilla en términos de competencias o numéricos), aunque ello se produzca como consecuencia del cumplimiento de la obligación subrogatoria impuesta en el Convenio Colectivo, todo ello resulta sin perjuicio de que pueda acudir a un despido objetivo o, en su caso, colectivo, con base en esa causa para reducir la plantilla. Y ello siempre con las consecuencias inherentes a tal situación, esto es, le correspondería al trabajador una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, siendo responsable únicamente la empresa que lleve a efecto los despidos.

CONCLUSIONES

Se analizan las conclusiones en función de tres supuestos:

1º.- Si una vez producida la subrogación del personal por la nueva empresa adjudicataria, se llevase a cabo el despido de los trabajadores al amparo de los artículos 51 y 52 TRET si se dan las causas para el despido colectivo o la extinción por causas objetivas. En este caso le corresponderá al trabajador una indemnización de 20 días de salario por año trabajado. Sería la nueva empresa adjudicataria la que debería hacer frente a las indemnizaciones correspondientes. En el caso de que el despido se realizará por no haberse producido la subrogación efectiva por la nueva empresa, igualmente deberá indemnizar la nueva empresa adjudicataria dado que se trata de una obligación. Aún en el caso de subrogación convencional, si no se completaran los trámites de entrega de la documentación en plazo y forma, salvo que la documentación “fuera imprescindible para informar sobre las circunstancias personales de los trabajadores afectados” responderá igualmente la empresa cesionaria.

2º.- Si el despido se produce por la empresa “Recoetú, S.L.” antes de que se produzca la subrogación, la indemnización correspondería a esta empresa. Y en el caso de impago por la empresa “Recoetú; S.L.”, la empresa “SERVITOTAL, S.A.” respondería solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.

¹⁰⁴ : ECLI:ES:TS:2022:1219.

¹⁰⁵ ECLI:ES:TS:2022:1220.

3º.- Finalmente, decir que la empresa cesionaria no está obligada a subrogar relaciones laborales ya extinguidas, aunque estuvieran judicialmente impugnadas, no obstante, esto no impide que pueda ser declarada responsable solidaria al amparo del art. 44.3 ET.

CUESTIÓN SEXTA.- POSIBILIDAD DE OFRECER CONTRATOS DE TRABAJO A RESIDENTES EXTRANJEROS Y A ESTUDIANTES EXTRANJEROS.

MARCO NORMATIVO

1. *Constitución Española de 1978* (en adelante CE).
2. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante LEXT)
3. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (en adelante EBEP).
4. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos de Sector Público* (en adelante, LCSP).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La posibilidad de ofrecer contratos de trabajo a residentes o estudiantes extranjeros exige atender a la norma que regula tal posibilidad, que no es otra más que la LEXT. De esta norma, lo primero a resaltar es que, según su art. 10, los extranjeros gozan del derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta ajena o propia, siempre y cuando reúnan los requisitos previstos en dicha Ley y normas de desarrollo. Pero lo cierto es que se trata únicamente de extranjeros residentes¹⁰⁶, por lo que el régimen jurídico de los extranjeros residentes fuera de nuestras fronteras debe buscarse en otras norma. Lógicamente, aquí dejaremos apartado el tema relativo a trabajadores residentes en países de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, ya que conforme al principio de libre circulación de los trabajadores en la Unión Europea (UE), es posible contratar trabajadores de todos los Estados miembros de la UE, así como de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza¹⁰⁷.

Como decía, tratándose de extranjeros no comunitarios, y no residentes en el mismo, la LEXT recoge los requisitos para acceder al derecho al trabajo en su artículo 25.bis. En el precepto se exige, a los extranjeros que se propongan entrar en territorio español, el preceptivo visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en su pasaporte o documento de viaje o, en su caso, en documento aparte, salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea¹⁰⁸. Por lo que al caso que nos ocupa se refiere, el art. 25.bis recoge los distintos tipos de visado exigibles, a saber:

- “c) Visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.
- d) Visado de residencia y trabajo, que habilita para la entrada y estancia por un período máximo de tres meses y para el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral o profesional para la que hubiera sido previamente autorizado. En este tiempo deberá producirse el alta del trabajador en la Seguridad Social, que dotará de eficacia a la autorización de residencia y trabajo, por cuenta propia o ajena. Si transcurrido el plazo no se hubiera producido el alta, el extranjero quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo, en caso contrario, en la infracción contemplada en el artículo 53.1.a) de esta Ley.
- e) Visado de residencia y trabajo de temporada, que habilita para trabajar por cuenta ajena hasta nueve meses en un período de doce meses consecutivos.

¹⁰⁶ Afirma así ese art. 10 que “Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”.

¹⁰⁷ El SEPE ha publicado en la web una guía a tal efecto, que se puede encontrar en www.SEPE.es. Y lo mismo sucede con la Unión Europea, cuya guía se encuentra en <https://ec.europa.eu/file>.

¹⁰⁸ Art. 25.2 de la LEXT.

f) Visado de estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, no remunerados laboralmente.

g) Visado de investigación, que habilita al extranjero a permanecer en España para realizar proyectos de investigación en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación”.

Ahora bien, para la concesión de visados con el fin de trabajar en España, permítaseme la expresión, no existe por regla general “barra libre”. De acuerdo con el art. 38 de la LEXT, la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, exige tener en cuenta la situación nacional de empleo¹⁰⁹, de tal manera que el Servicio Público de Empleo Estatal debe determinar, con la información proporcionada por las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales, un Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura¹¹⁰, que contendrá una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y será aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración¹¹¹.

Ahora bien, tratándose de la contratación colectiva de trabajadores en origen, el art. 39 LEXT, refiere la posibilidad de contratar a extranjeros no residentes en España, señalando lo siguiente:

“1. El Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España. Asimismo, podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. La mencionada previsión tendrá en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y será adoptada previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

2. El procedimiento de concesión de la autorización inicial de residencia y trabajo mediante tramitación colectiva de los contratos en origen, estará basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países, con la participación, en su caso, de las autoridades competentes. En la gestión del mismo se actuará coordinadamente con las Comunidades Autónomas competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial.

3. Las ofertas de empleo realizadas a través de este procedimiento se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios”.

Ahora bien, para establecer si existe alguna forma de limitación a la forma de contratación de estos sujetos, resulta preciso acudir al EBEP y a la LCSP. Así, por un lado, el artículo 2 EBEP no incluye en su ámbito de aplicación a los poderes adjudicadores, ni mucho menos a sus contratistas. Por su parte, el artículo 319 LCSP sí recoge que “los efectos y extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de derecho privado. No obstante lo anterior, le será aplicable lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato; 214 a 217 sobre cesión y subcontratación; y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243”.

El citado precepto nos remite, por tanto, a lo previsto en el artículo 202 de la misma Ley, según el cual:

“1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

¹⁰⁹ Cfr. Art. 38.1 LEXT.

¹¹⁰ Cfr. Art. 38.2 LEXT.

¹¹¹ Cfr. Art. 38.2 LEXT.

2. Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial”.

CONCLUSIONES

En relación a la posibilidad de realización de las contrataciones previstas desde un punto de vista subjetivo, alcanzamos las siguientes conclusiones: 1) Los trabajadores residentes en países de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, conforme al principio de libre circulación de los trabajadores en la Unión Europea (UE), podrán ser contratados de acuerdo con dicho principio; 2) los extranjeros con permiso de residencia en España, sólo podrán ser contratados si la autorización de residencia es laboral, y por el tiempo suficiente para cumplir con el contrato; 3) los estudiantes que sean extranjeros con visado únicamente de estudios, no pueden ejercer actividad alguna remunerada, por lo que no podrán suscribir contrato de trabajo; y 4) asimismo está permitido por nuestra legislación la contratación programada de trabajadores extranjeros en sus países de origen, ahora bien, a partir de ofertas genéricas que tendrán que ajustarse a la previsión de ocupaciones que cada año natural aprueba el Ministerio de Trabajo, y teniendo en cuenta la situación nacional del empleo. Conviene resaltar que estas contrataciones en origen han de dirigirse preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.

Conviene en este punto destacar la precisión realizada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en cuanto a la nulidad del contrato de trabajo suscrito con la persona extranjera sin la previa autorización para ello, nulidad que no afecta, sin embargo, a los derechos de esa persona trabajadora, citamos, a modo de ejemplo, una STS de fecha 21 de junio de 2011¹¹², que en su Fundamento de Derecho Segundo expresa lo siguiente: “el contrato de trabajo del extranjero sin la preceptiva autorización está afectado de la sanción de nulidad que establece la Ley, que, sin embargo, contempla la validez respecto a los derechos del trabajador afectado, y porque la normativa sobre el trabajo de los extranjeros en España estaba entonces regulada, en lo que aquí interesa, en el art. 36 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que reformó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en esta ocasión, dada la fecha en la que se produjo el despido de la actora (28-7-2009), aquella regulación ya había sido modificada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”.

Respecto de la posibilidad de realización de las contrataciones previstas desde el punto de vista del procedimiento utilizado para contratar, alcanzamos las siguientes conclusiones: 1) Dado que nos hallamos ante una entidad privada con calidad de poder adjudicador, no resulta de aplicación la regulación contenida en el EBEP; y 2) el contrato que rige la prestación del servicio, está sujeto a las normas de carácter social previstas en los artículos 201 y 202 LCSP, en particular, puede llevarse a cabo la promoción de personas con

¹¹² Rec. núm. 3428/2010.

dificultades de inserción en el mercado laboral, o en riesgo de exclusión social, pero siempre a través de las empresas de inserción social.

CUESTIÓN SÉPTIMA.- SE PLANTEA POR LA GERENCIA LA POSIBILIDAD DE GARANTIZAR UNOS INGRESOS MÍNIMOS AL NUEVO ADJUDICATARIO DEL CONTRATO AL MARGEN DEL RIESGO DE EXPLOTACIÓN Y COMO PODRÍA ARTICULARSE.

MARCO NORMATIVO

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (en adelante, LCSP).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, *Reguladora de las Bases del Régimen Local* (en adelante LRBRL).
- Decreto de 17 de junio de 1955, *por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales* (en adelante, RSCP).
- Ley 27/2013, de 27 de diciembre, *de racionalización y sostenibilidad de la administración local* (en adelante, LRSAL).
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (en adelante, LTIP).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil* (en adelante, CC).
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, *por el que se publica el Código de Comercio* (en adelante CCom).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En el supuesto de hecho se nos plantea la legalidad de introducir unas cláusulas de reparto de riesgos entre los contratistas, al margen de los resultados de la explotación.

Para responder a esta pregunta es preciso atender a la naturaleza, como ya se expuso, de la entidad que tiene atribuida la prestación del servicio público, a la forma de su constitución, a la naturaleza del contrato, a su sujeción a normas de la contratación pública y al objeto del contrato.

Por lo que respecta a la primera de estas cuestiones, la entidad que tiene atribuida la recogida de servicios municipales, “SERVITOTAL, S.A.”, es una empresa mixta de capital mayoritario municipal. La posibilidad de prestación indirecta de servicios públicos de competencia exclusiva municipal aparece recogida en el artículo 85.2 de la LRBRL¹¹³. Con carácter previo a esta norma, ya se regulaba la posibilidad de gestión indirecta de un servicio municipal por estas entidades en el RSCP, norma en la que se definía este tipo de sociedades como aquellas en las que “los capitales de las Corporaciones locales y de los particulares, o de aquellos entre sí, se aportarán en común para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización”¹¹⁴, así los aspectos esenciales de este tipo societario en su arts. 102 a 112; preceptos estos que, curiosamente pueden entenderse aún vigentes, en la medida que no han sido derogados por una norma posterior.

Por su parte, la LCSP ha suprimido el contrato de gestión de servicios públicos (como ya se ha

¹¹³ “Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública”.

¹¹⁴ Art. 102.

indicado anteriormente¹¹⁵), a través del cual se vehiculizaban las sociedades mixtas como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos. La LCSP contiene escasas referencias a este tipo de sociedad, básicamente se reducen a sus artículos 28.3, 22. Más específicamente, su DA 22ª, relativa a “Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta”, regula precisamente la adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta. La misma establece los límites a la utilización de sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos, al establecer que “las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado”. Nótese que esta disposición sólo menciona el uso de sociedades de economía mixta en relación a los contratos de concesión de servicio y concesión de obras, lo que ha dado lugar a debate sobre si esa mención tiene carácter limitativo en el uso de estas entidades en otro tipo de contratos, o no.

No se indica en el supuesto de hecho la fecha de creación de la sociedad mixta, si es anterior a la entrada en vigor de la nueva LCSP, y, por lo tanto, si se encuentra sujeto a lo previsto en la mencionada DA 22ª. Tampoco se expresa si la mencionada sociedad ha sido creada *ex novo* o bien se trata de una sociedad preexistente a la que se le adjudica un nuevo contrato de gestión de servicios públicos. En cualquier caso, es preciso mencionar que en virtud que los pliegos de contratación de la adjudicación del contrato pudieran haberse contemplado previsiones respecto al régimen aplicable a los contratos que en ejecución de la prestación pudiera celebrar la sociedad mixta y que en el presente caso se desconoce.

Partiendo de esta observación respecto al régimen jurídico aplicable a las contrataciones que la sociedad de economía mixta realice en ejercicio del contrato de servicio o de concesión de servicio público, la LCSP incluye a este tipo de sociedades en su ámbito subjetivo como parte del sector público. En concreto su artículo 3.1.h) se refiere a “Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre”, lo que determina que se integrará en la aplicación de la LCSP bajo la consideración no de administración pública sino de poder adjudicador, lo que implica un grado medio de aplicación de los preceptos de contratación pública.

La totalidad de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan también la consideración de Administración Pública tiene la naturaleza de contratos privados, pese a que su objeto pueda responder a alguna de las modalidades de contratos de sector público reguladas en los artículos 12 y ss. LCSP. En particular el artículo 12 señala que “Los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios que celebren las entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección”, por lo que, aunque tengan carácter privado a la hora de calificar los contratos según su objeto deberá atenderse a las modalidades contractuales reguladas en estos preceptos.

Más allá de las modalidades de los tipos de contrato, la aplicación de la LCSP a los poderes adjudicadores que no tiene la condición de Administración Pública, en este caso a una Sociedad de Economía Mixta, tiene una intensidad media, y se recoge en el Título I del Libro III de la norma. El régimen que establece este Título depende de si el contrato se encuentra sujeto o no a regulación armonizada,

¹¹⁵ Sobre el mismo, véase FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER, “El contrato de gestión de servicios públicos”, en *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. Extra 1, 1996 (Ejemplar dedicado a: Contratos de las Administraciones Públicas.), págs. 79 y ss.

sujeción que se determina en función de la superación o no de determinados umbrales que se establecen para cada modalidad contractual.

Así, el régimen de aplicación de la LCSP que establece es el siguiente: Por un lado, exige la aplicación de las normas de contratación públicas relativas a la preparación y adjudicación a todos los contratos que celebren estas entidades, sujetos a regulación armonizada; mientras que por el contrario, para aquellos que no estuvieran sujetos a regulación armonizada prevé dos normas: 1) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato¹¹⁶; 2) los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.382.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 215.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168¹¹⁷.

No son estas las únicas normas de aplicación a los contactos celebrados por los poderes adjudicadores ya que la LCSP declara aplicables la regulación contenida en su Título I y Título IV del Libro I, en cuanto a su condición de sector público. Como se ha señalado, dado que nos encontramos ante un contrato de naturaleza privada al que en principio resulta aplicable la libertad de pactos recogida tanto en el artículo 1255 CC como los artículos 50 y 53 CCom, así como en el art. 34 de la LCSP, podría considerarse que resultaría admisible la incorporación del cualquier cláusula contractual, siempre y cuando ésta no fuese contraria al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración y se hubiese aprobado conforme al régimen previsto para los poderes adjudicadores.

En este caso lo que se pretende es la incorporación de una cláusula de reparto del riesgo contractual, en concreto de una cláusula que garantiza un ingreso mínimo al empresario. Este tipo de cláusulas era frecuente en los contratos de gestión interesada previstos en la Ley de Contratos de 201 y se denominaba cláusulas de interesamiento¹¹⁸. Debe tenerse en cuenta que las cláusulas y técnicas de reparto del riesgo contractual son frecuentes en la contratación en general, y también en la contratación administrativa. Pese a esta libertad de pactos de que gozan los contratos es momento de recordar que la calificación de los contratos de los entes integrados en el sector público, cuando respondan a alguna de las modalidades previstas en los artículos 12 y ss. LCSP (donde se concretan los “contratos del sector público”), deberán realizarse de acuerdo con las normas allí recogidas. Es por eso que, a la hora de calificar el contrato entre la Sociedad de Economía Mixta y la sociedad a la que se pretende subcontratar prestación del servicio de recogida de basuras, será necesario acudir a la regulación del contrato de concesión de servicios y servicios previstos en la LCSP, y examinar si la introducción de una cláusula del tipo propuesto afecta a la calificación del contrato en una u otra modalidad.

Importa destacar que una de la principales novedades que ha introducido la LCSP, en relación a los contratos de servicios, supone, no sólo la supresión de las modalidades de contratos de gestión de servicios públicos, de tal forma que la gestión indirecta debe llevarse a través de dos únicas modalidades (la concesión de servicios públicos y el contrato de servicios públicos¹¹⁹), sino que, además, introduce el concepto de riesgo operacional, como único criterio diferenciador entre ambas modalidades contractuales. Así, para

¹¹⁶ Cfr. Art. 318.a) LCSP.

¹¹⁷ Cfr. Art. 318.b) LCSP.

¹¹⁸ Institución que debía ya considerarse clásica en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, “De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento”, en *Revista de administración pública*, núm. 36, 1961, págs. 67 y ss.

¹¹⁹ Cfr. Arts. 14 y ss. LCSP.

responder a la cuestión planteada en el supuesto de hecho es necesario examinar el concepto de riesgo operacional¹²⁰, sus límites y si la incorporación de una cláusula de interés implica o no la traslación del riesgo operacional a la otra parte, y en consecuencia determina la opción por una u otra modalidad contractual¹²¹.

Procede analizar pues, en primer lugar, el concepto de riesgo operacional previsto en la LCSP¹²². Esta regulación trae su causa de la Directiva 2014/23/UE, que a su vez tiene su origen en la jurisprudencia del TJUE (sentencia Eurawasser de 10 de septiembre de 2009¹²³) y en la normativa contable de la Unión Europea. Esta última normativa, aprobada mediante Reglamento y denominada en español con la nomenclatura SEC-2010, pretende garantizar la transparencia en las cuentas de los Estados Miembros y la credibilidad de sus cifras de déficit y deuda pública, en especial, busca evitar que los Estados Miembros camuflen sus obligaciones financieras mediante la adjudicación de contratos calificados fraudulentamente de concesión, y, en especial, en la materia que nos ocupa de concesiones de servicios. Con estos antecedentes, la Directiva 2014/23/UE, introduce el concepto de riesgo operacional al establecer que “la adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará a transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro o ambos”¹²⁴. Por tanto, del precepto se deduce que la transferencia del riesgo operacional al contratista no tiene que ser total, sino que puede ser parcial, estableciéndose como único límite, determinante de la calificación de un contrato como contrato de concesión, de obra o servicios, que los riesgos transferidos al contratista constituyan “una exposición real a las incertidumbres del mercado que impliquen que cualquier pérdida potencial estimada es meramente nominal o desdeñable”¹²⁵.

En consecuencia, para que pueda hablarse de contrato de concesión, es preciso que el concesionario corra algún riesgo económico, es decir, que el negocio pueda generar pérdidas en condiciones normales de funcionamiento, así se deriva de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva a la que nos venimos refiriendo, cuando establece que “se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión”. Y, por el contrario, no hay concesión “si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación a la ejecución del contrato”¹²⁶.

¹²⁰ Sobre el mismo, véase SAHÚN PACHECO, ROCÍO, *Riesgo operacional y servicio público*, BOE, Madrid, 2019, *passim* y HUERGO LORA, ALEJANDRO, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en INAP, www.revistaonline.inap.es, 2017.

¹²¹ Afirma así la exposición de motivos de la LCSP lo siguiente: “En lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional”.

¹²² Según su art. 14.4, “El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

¹²³ ECLI:EU:C:2009:540.

¹²⁴ Art. 5.1.

¹²⁵ Párrafo 18 del Preámbulo de la Directiva.

¹²⁶ Párrafo 18 del Preámbulo de la Directiva.

Por lo que se refiere a la LCSP, a través de la cual se traspone la Directiva mencionada, la misma recoge un concepto de riesgo operacional similar al de la Directiva, así, en su artículo 15, apartado 2, referido al contrato de concesión de servicios establece que “El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”. Además, la Ley a lo largo de su articulado trata de evitar que por la vía de los preceptos de la ejecución del contrato se incumpla la transferencia del riesgo operacional, dando lugar al cambio de la naturaleza o calificación del contrato, por ejemplo, en la regulación del restablecimiento del riesgo económico y de la responsabilidad patrimonial administrativa.

CONCLUSIONES

A partir de la normativa citada, procedemos a analizar su aplicación al supuesto de hecho planteado. Como hemos visto, la libertad de pactos que rige en los contratos privados celebrados por los poderes adjudicadores, en aplicación de los principios básicos de contratación previstos en el CC y en el CCom, permite la incorporación a los contratos de gestión indirecta de servicios públicos de una cláusula por la cual el poder adjudicador participe en el resultado de la explotación. No obstante, el alcance de dicha cláusula determinará la calificación del contrato como contrato de concesión o contrato de servicio público, y la aplicación de umbrales diferentes a la hora de determinar la sujeción o no al régimen de regulación armonizada.

En el caso del contrato de servicios, no existe duda respecto de su posible incorporación, ni límites en cuanto a su contenido, más allá de los tradicionales previstas en la legislación contractual, ya que en este tipo contractual el riesgo operacional no se traslada al contratista. En consecuencia, sea cual sea el alcance de la cláusula de limitación de responsabilidad no altera la naturaleza del contrato. Por el contrario, en el caso de que se optara por un contrato de concesión de servicio público, en el que se exige la transferencia del riesgo operacional al contratista en los términos ya expresados, habrá de tenerse en cuenta que esa transferencia, aunque puede ser parcial, no puede ser mínima, por lo tanto, las cláusulas que se incorporen al contrato con la finalidad de garantizar unos ingresos mínimos, han de tener como límite las inversiones y costes asumidos por el concesionario; no pudiendo en ningún caso, ser iguales o superiores a estas. En definitiva, el tipo de cláusula de ingresos mínimos que se incorpore al contrato definirá su naturaleza y supondrá el despliegue de diferentes efectos en la aplicación de la normativa contractual.

CUESTIÓN OCTAVA . PRETENSIÓN DE AUMENTAR LA PARTICIPACIÓN DE PERSONAL FEMENINO EN PUESTOS DE RESPONSABILIDAD Y POSIBLES FÓRMULAS DE REVERSIÓN DE ÉSTA REALIDAD.

MARCO NORMATIVO

1. *Constitución Española de 1978.*
2. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (aprobada en diciembre de 1979, y ratificada por España en el año 1983).*
3. *Conferencias mundiales monográficas (cómo la de Nairobi de 1985, y la de Beijing del año 1995).*
4. *Tratado de Amsterdam, de 1 de mayo de 1999.*
5. *Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957.*
6. *Directiva Comunitaria en materia de igualdad de trato 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo).*
7. *Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.*
8. *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en adelante, LOIMH).*

9. Real Decreto Ley 6/2019, *de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*.
10. Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, *por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro*.
11. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/IU y 2014, de 26 de febrero de 2014* (en adelante LCSP).
12. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, *por lo que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* (en adelante LCSP-2011).
13. Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación* (en adelante LIT).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Afirma el supuesto de hecho que se pretende promover que el nuevo contratista corrija la situación actual en la que existe una muy escasa participación de personal femenino y no existe ninguna mujer en los puestos de responsabilidad. Pues bien, para dar una cumplida respuesta a ello se hace necesario atender, no sólo a la norma que se refiere el propio supuesto (esto es, LOIMH), sino que además tenemos que tener presente la reciente LIT. Así, sobre esta base legal, lo primero que se plantea no es otra cosa que la escasa participación del personal femenino, suponemos que en los puestos de trabajo de la empresa, ya que el supuesto no lo concreta. Pues bien, a tales efectos lo primero es atender a la esencia del principio de igualdad de trato en el ámbito del trabajo por cuenta ajena. Tal y como refleja el Preámbulo de la LOIMH, la igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, así como también un principio fundamental en la Unión Europea. De igual manera, el artículo 2.1 de la Directiva Comunitaria en materia de igualdad de trato, 2002/73/CE establece igualmente la necesidad de esa igualdad de trato, como principio esencial del ordenamiento europeo, debiendo procurarse la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente. Se trata, por lo demás, de un derecho, este de la igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación, consagrado como uno de nuestros principios constitucionales básicos¹²⁷, imponiendo nuestra Carta Magna además el deber a los poderes públicos de promover las condiciones precisas para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas¹²⁸.

Si se atiende a lo dispuesto en la norma de 2007, podemos afirmar que una de las finalidades de la norma orgánica española para la efectiva igualdad entre mujeres y hombres es la corrección de la desigualdad, también en el plano social, y, por ende, en el concreto ámbito de las relaciones laborales. Se trata por consiguiente de eliminar y evitar cualquier tipo de discriminación como la que durante largo tiempo llevamos padeciendo como sociedad, al tiempo que se requiere la elaboración de acciones, medidas de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, en lo que a nuestro caso se refiere, en el ámbito laboral. Nos hallamos por tanto ante una situación necesitada de conjugar los principios de libertad y autonomía contractual y el fomento del principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

En lo que a políticas de igualdad se refiere, centrándonos en el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, es el Capítulo I del Título IV de la LOIMH el que regula la “Igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral”, concretamente en sus arts. 42 y ss¹²⁹. Se ocupa

¹²⁷ Reconocido en el art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

¹²⁸ Reconocido en el art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹²⁹ Según la doctrina, “La LOI prevé y habilita de manera expresa tanto a los poderes públicos como a la negociación colectiva e, incluso, a las personas físicas y jurídicas privadas, para la adopción de acciones positivas en favor de las mujeres, para hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad real, en los términos establecidos en la LOI (arts. 11 y 43). Si hasta ahora el legislador se había mostrado tibio en cuanto al empleo de esta técnica jurídica en beneficio de las mujeres, a pesar de que no existiese ningún obstáculo constitucional ni legal para ello, con este reconocimiento parece no solo cambiar de actitud si no querer

también la norma de imponer además a las empresas la obligación de respetar la igualdad de trato, mediante la adopción de medidas tendentes a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres; ello, a través de la elaboración de planes de igualdad por parte de las propias empresas, así como también de otras medidas de promoción de la igualdad, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 45.

Resaltamos en este punto los argumentos mantenidos por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en cuanto a que la imposibilidad de considerar el hecho de tener un plan de igualdad como un criterio de adjudicación del contrato, por entender tal hecho como una característica de la propia empresa. Así se manifiesta, entre otras, en su resolución 1727/2021, en los términos siguientes “Como hemos indicado en distintas Resoluciones (por todas, Resolución nº 660/2018, de 6 de julio y Resolución núm. 972/2018, de 26 de octubre), el Plan de Igualdad refleja una característica de empresa, no referida al objeto del contrato, y por ello no puede utilizarse como criterio de adjudicación. Por otro lado, como ya señalamos en nuestra Resolución 427/21, de 16 de abril del corriente, y en nuestra Resolución de 30 de abril de 2019, con cita de la Resolución núm. 972/2018, de 26 de octubre: El apartado 5 de dicho artículo 45 de la L.O. 3/2007 establece que la elaboración y aplicación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas. Por tanto, conforme a nuestra normativa nacional los planes de igualdad son obligatorios para unas empresas, y para otras no. Puntuar en un criterio de adjudicación la elaboración de un plan, a las empresas que están obligadas a tenerlo según la Ley, no se considera adecuado, y sería discriminatorio, como hemos dicho, respecto de aquellas empresas que no están obligadas a su elaboración y aplicación (artículo 1 de la LCSP)”¹³⁰.

Obviamente, a este respecto no podemos dejar de lado el ámbito de las prohibiciones para contratar que resultan de aplicación a nuestro supuesto. En este sentido resulta preciso tener presente lo dispuesto en la LCSP, que en su artículo 71, apartado 1.d) expresa como causa de prohibición para contratar “d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres. En relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el mismo cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas. La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo”.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a que no exista ninguna mujer en los puestos de responsabilidad, debe prestarse atención a lo dispuesto en el art. 75 LCSP, según el cual “Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de

implantar dichas prácticas, haciendo partícipes a todos los protagonistas de las relaciones laborales: poderes públicos, agentes sociales, privados” (SALA FRANCO, TOMÁS y CARDONA RUBERT, MARÍA BELÉN, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*, Editorial La Ley, 1ª edición, 2008, pág. 137.

¹³⁰ Localizable en el Portal Observatorio de Contratación Pública.

administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley”. A su vez, dicha previsión normativa debe conectarse con lo establecido en la disposición adicional 1ª de esta misma norma, según la cual “A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina más autorizada¹³¹, de lo dispuesto normativamente se pueden concluir lo siguiente: 1º) La medida se dirige a “sociedades mercantiles”, pero sólo a aquellas en las cuales haya un “consejo de administración” que estén “obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada”, lo cual nos obliga a acudir a la legislación mercantil, donde, sin embargo, no se establece directamente esa obligación, ya que ninguna de las normas relativas a sociedades mercantiles contempla referencia alguna expresa a ello; 2º) lo que se pretende alcanzar es una composición equilibrada en los consejos de administración, pero no se va más allá; 3º) el verbo “procurarán”, utilizado en el artículo 75, se compadece con la voluntariedad característica de las acciones de responsabilidad social de las empresas, lo cual no impide –al contrario, exige- someter al artículo 75 a los mismos controles de las acciones de responsabilidad social de las empresas; 4º) el artículo 75 pretende alcanzar su finalidad, que –según la Exposición de Motivos de la LOIEMH- es “que el criterio prevalente en la incorporación de consejeros sea el talento y el rendimiento profesional ... (sin que el sexo constituya) un obstáculo como factor de elección”, sin imponer una forma concreta de cumplimiento, de ahí que no se haya modificado la normativa mercantil sobre este punto; y 5º) el artículo 75 se aplicará en “un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley”, pero el sentido del plazo no es obligar al cumplimiento, lo que casaría mal con la no obligatoriedad del artículo 75, la lógica del plazo se entiende en el contexto de las acciones de responsabilidad social, que se basan en una consideración ética que se puede transmutar, por su usual cumplimiento, en un compromiso jurídico, de este modo, el artículo 75 seguirá manteniendo, aún transcurrido el plazo, su vigor como mera recomendación, aunque con mayor intensidad si su cumplimiento se haya asumido por la mayoría de las empresas afectadas y los valores de la igualdad sexual hayan avanzado en la conciencia social.

CONCLUSIONES

Expuesto lo anterior, resulta incuestionable, así se reconoce en el propio texto de la cuestión planteada, que resulta necesario corregir la situación actual existente, en cuanto a la escasa participación de personal femenino en la empresa contratada para la realización de la labor de recogida de residuos municipales, es más, no existe ninguna mujer en los puestos responsabilidad de la referida entidad. Ante esta problemática, causante a todas luces de una flagrante vulneración de la legislación anteriormente invocada, se hace imprescindible la adopción de medidas tendentes a la subsanación de tal situación.

Entre las medias a adoptar para la contratación del nuevo gestor, conforme a la normativa vigente, proponemos a la empresa “SERVITOTAL, S.A.” las siguientes:

1. Posibilidad de valorar que la empresa cuente con un plan de igualdad, o exista un compromiso de elaboración del mismo, respetando siempre el alcance y contenido establecidos en la Ley, anteriormente señalados.
2. Proponemos que entre las condiciones exigidas a la empresa subcontratada para la realización de las labores de recogida se encuentren las de imponer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres, tales como la adopción medidas tendentes a la protección del derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral para fomentar la asunción equilibrada de

¹³¹ Cfr. LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de hombres y mujeres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 512 y ss.

las responsabilidades familiares, evitando la discriminación basada en su ejercicio, en términos de la propia LOIMH. Lo anterior, teniendo presente que la mujer continúa siendo, a nuestro pesar, la que soporta el doble trabajo que supone el cuidado de hijos/as y/o personas dependientes en su caso, además de la prestación del trabajo propiamente dicho.

3. Resulta obvia por su parte la exigencia de respetar por parte de la subcontrata el permiso y la prestación por maternidad, así como también reconocer en su caso un permiso y la prestación por paternidad.
4. Imprescindible resulta igualmente que la contratación lo sea con empresas que cuenten con una composición equilibrada en cuanto a la presencia de mujeres y hombre; en términos de la Ley que "en el conjunto al que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento" (Disposición Adicional Primera de la LOIMH).
5. Siendo "SERVITOTAL, SA" una empresa pública, en lo referente al procedimiento de contratación, es la propia normativa aplicable al caso la que permite a la contratante acudir a distintas posibilidades tendentes a favorecer la igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación por razón de sexo, entre otras:
 - Exigir que la propuesta técnica introduzca alguna actividad específica de igualdad entre mujeres y hombres (por ejemplo, alguna acción formativa en la materia en cuestión).
 - Posibilidad de inclusión como criterio de desempate la valoración de propuestas en las que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad entre mujeres y hombres.
 - Posibilidad de inclusión como criterio de desempate a valoración de proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, dispongan de mayor porcentaje de mujeres trabajadoras con contrato hizo por tiempo indefinido y a jornada completa en la plantilla de cada una de las empresas.
 - Posibilidad de inclusión de por lo menos una condición de ejecución de carácter social, vinculada al objeto del contrato; ejemplo: eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre en el mercado de que se trate, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el comprado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar.
6. Contemplar la posibilidad, en el caso de que, como consecuencia de la ejecución del contrato resultase necesaria la contratación de nuevo personal, la empresa tenga especial consideración con la cuestión de igualdad de género, de modo que el porcentaje de mujeres contratadas deberá ser del cincuenta por ciento, siempre que ello resulte posible (por ejemplo, de existir disponibilidad de trabajadoras para la realización de las labores propias del contrato).
7. Lo anterior, sin perjuicio de la exclusión del procedimiento de contratación que se tramite, de cualquier entidad que hubieran sido sancionada por incurrir en discriminación, por razón de sexo, durante el periodo impuesto en la sanción correspondiente.
8. Por lo que se refiere al acceso a puestos de responsabilidad, las graves deficiencias que presenta la norma provocan la ausencia práctica de obligatoriedad alguna al respecto.

CUESTIÓN NOVENA. COMO PODRÍA GARANTIZARSE LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO EN CASO DE QUE VENZA EL CONTRATO CON EL SUBCONTRATISTA.

MARCO JURÍDICO

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (en adelante LCSP).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (en adelante, LPAC).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En el Contrato, que mantiene la Sociedad Mixta SERVITOTAL, S.A. con la Subcontratista RECOGETÚ S.L, y que está a punto de vencer según refleja el supuesto planteado, se podría, al amparo de la LCSP —en concreto, de lo dispuesto en su artículo 29— para los contratos de servicios como es el caso, una duración máxima de 5 años, incluidas las prórrogas. Por lo tanto, este es el marco temporal de ejecución y de desarrollo contractual que tendrá que tener el gerente, para iniciar los trámites y licitar de nuevo el contrato en las condiciones desarrolladas en el punto anterior, para evitar así incumplimientos legales o incluso interrupciones en la prestación del servicio. En éste punto debemos recordar la obligación que impone el artículo 28.4 de la LCSP, cuando recuerda que “Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”.

Al respecto, aunque la ley no permite las prórrogas tácitas, la Junta Consultiva Central de Contratación Pública del Estado ya se ha pronunciado previamente sobre esta cuestión atendiendo a lo previsto en el artículo 29.4 de la Ley, que dispone lo siguiente: “Cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un período máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario”¹³².

Es decir, la norma sí contempla un supuesto excepcional en el que por razones de interés público y como consecuencia de acontecimientos imprevisibles, podría acordarse una prórroga extraordinaria de 9 meses más, siempre y cuando el anuncio del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses, rigiéndose la prórroga por las mismas condiciones que el contrato original y que se justifique por razones de interés público. Es importante advertir que para que opere ésta posibilidad, es necesario que el contrato haya sido materializado durante la vigencia de la LCSP, puesto que si lo fuera conforme a la anterior norma de contratación pública no operaría ésta fórmula.

Existiría además, según entiende la Junta Autónoma de Contratación Administrativa de Canarias en su Resolución de 14 de Diciembre de 2018, ante la consulta al respecto por el Ayuntamiento de Las Palmas¹³³, que cabría la posibilidad de que aun incumpliendo alguno de los requisitos para poder acogerse a la prórroga extraordinaria de 9 meses, el poder continuar realizando la prestación del servicio de recogida de basuras, una vez vencido el contrato, por razones de interés público, y “evitar graves trastornos al servicio público”, si bien según el contrato sería nulo de pleno derecho la prórroga tácita llevada a cabo; nulidad esta conforme a lo establecido en el art. 47.1.e) LPAC. De este modo, según el art 42.3 de la LCSP “Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”.

¹³² Localizable en <https://www.hacienda.gob.es>.

¹³³ Localizable en <http://www.gobiernodecanarias.org>.

Asimismo la Junta Consultiva Central de Contratación del Estado, en su Resolución 73/18, al analizar la posibilidad de contratos menores puente, entre licitaciones, contratos menores previstos en el artículo 118 de la LCSP, cuando no quepa la aplicación del artículo 29 (en este supuesto lo que existe es una prórroga del contrato anterior), señala que “ya declaramos que en este supuesto de patología de la actuación de la entidad contratante no cabe entender que la excepcionalidad de la situación justifique el incumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para el empleo del procedimiento, pero que el contrato menor sí que podía emplearse a estos efectos cuando fuera imprescindible por razón de la imprescindible continuidad del servicio. Tal necesidad sólo puede estar justificada atendiendo a la naturaleza del propio servicio, sin que quepa considerar que esta opción cabe respecto de cualquiera. La excepcional circunstancia de la situación deberá justificarse sólidamente en el expediente de contratación”.

CONCLUSIONES

La norma sí contempla un supuesto excepcional en el que por razones de interés público y como consecuencia de acontecimientos imprevisibles podría acordarse una prórroga extraordinaria de 9 meses más, siempre y cuando el anuncio del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses, rigiéndose la prórroga por las mismas condiciones que el contrato original y que se justifique por razones de interés público.

Por consiguiente, y de acuerdo con el dictamen del Consello Consultivo de Aragón 98/2010 y bajo la fundamentación de las razones de interés público de seguir manteniendo la prestación de este servicio, podrá acordarse que el concesionario continúe prestando el servicio en las mismas condiciones establecidas en su contrato hasta la adjudicación y formalización del nuevo contrato y, siempre, durante un periodo máximo determinado hasta que se proceda a esa nueva adjudicación y formalización. No obstante, sería aconsejable contar con el consentimiento expreso del concesionario a fin de evitar litigios innecesarios.

CUESTIÓN DÉCIMA.- SE TRASLADA FINALMENTE, QUE EN LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO CON RECOGETÚ,S.L, PODRÍA ÉSTA TENER LA INTENCIÓN DE TRASLADAR A SERVITOTAL, S.A LAS PÉRDIDAS ACUMULADAS DURANTE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.

MARCO NORMATIVO

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (en adelante, LCSP).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil* (en adelante, CC).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

De los datos del supuesto resulta que nos encontramos con un contrato celebrado entre la empresa pública SERVITOTAL, S.A, –que, como ya hemos comentado con anterioridad tiene la consideración de Poder adjudicador, al amparo del art. 3 LCSP–, y la empresa RECOGETÚ, S.L., para la prestación del servicio de recogida. Dicho contrato tiene la calificación de privado, de conformidad con lo establecido en el art. 26 LCSP, y cuyo régimen jurídico atenderá a las siguientes reglas: “Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato

referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205”.

La liquidación de los contratos forma parte de la fase de ejecución y extinción de los contratos, y en virtud del art. 319 de la LCSP, donde se establece el siguiente régimen: “Los efectos y extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de derecho privado. No obstante lo anterior, le será aplicable lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato; 214 a 217 sobre cesión y subcontratación; y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243.”

De igual manera reproducimos el apartado 4. art. 210 de la LCSP, relativo al Cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación: “Excepto en los contratos de obras, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 243, dentro del plazo de treinta días a contar desde la fecha del acta de recepción o conformidad, deberá acordarse en su caso y cuando la naturaleza del contrato lo exija, y ser notificada al contratista la liquidación correspondiente del contrato, y abonársele, en su caso, el saldo resultante. No obstante, si la Administración Pública recibe la factura con posterioridad a la fecha en que tiene lugar dicha recepción, el plazo de treinta días se contará desde su correcta presentación por el contratista en el registro correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente en materia de factura electrónica. Si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa se plantea la posibilidad de que, en esta fase de liquidación del contrato, la empresa “RECOGETÚ, S.L.” traslade a “SERVITOTAL, S.A” todas las pérdidas que tuvo durante la ejecución del contrato. Entendemos que dicha posibilidad se refiere a la ejecución del contrato durante el periodo que, una vez finalizado el contrato inicialmente adjudicado, se le pide que pase a asumirlo directamente, puesto que la ejecución anterior se realiza bajo el principio de riesgo y ventura del contratista, que impide la posibilidad de indemnización alguna por las pérdidas sufridas. En este sentido, podemos destacar el art. 1091 CC, (normativa privada de aplicación a los efectos y extinción de contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no son Administración Pública): “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos” y el art. 1105 de esa misma norma: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Analizada la regla general del principio de riesgo y ventura que impera en el ámbito contractual, no debemos de olvidar que, en el caso que nos ocupa, el plazo del contrato inicial ha vencido, y que por parte del Gerente de la empresa pública se le ha ordenado al contratista la continuidad de la prestación del servicio, por lo que dicho principio de riesgo y ventura debe ser modulado en favor del principio de continuidad y del enriquecimiento injusto, que de conformidad con la construcción doctrinal y jurisprudencial de dicho principio, se produce cuando una parte obtiene una ventaja patrimonial con el correlativo empobrecimiento de la otra parte, sin que exista una causa que justifique tal desplazamiento patrimonial. De alguna forma, dicho principio se incardina en el art. 1901 CC: “Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa” y da derecho a la restauración del equilibrio patrimonial; así se ha venido reconociendo jurisprudencialmente, entre otras por la STS de 6 de febrero de 2006¹³⁴: “Los hechos, no ilícitos, que provoquen un enriquecimiento sin causa de una persona y el empobrecimiento de otra, dan lugar a la obligación de reparar el perjuicio”¹³⁵.

CONCLUSIONES

¹³⁴ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2006\874.

¹³⁵ Al respecto de ese mismo supuesto, véase ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, “Comentario a Sentencia de 28 de junio de 2010”, en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86/2011, *passim*.

Por lo que parece posible compensar al contratista por la totalidad de los gastos que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación. No obstante, los tribunales competentes para conocer dicha reclamación serán los pertenecientes al orden jurisdiccional civil, en virtud del art. 27 LCSP: “El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver: a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, “Comentario a Sentencia de 28 de junio de 2010”, en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86/2011.
- ALENZA GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO, *El sistema de gestión de residuos sólidos urbanos en el derecho español*, INAP, 1997.
- BALLESTER MASÍA, FRANCISCO, “Las Sociedades Mixtas y las Entidades Locales”, en *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 72, 2004.
- DE ENRIQUE MUÑOZ, EVA, “La confidencialidad en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 153, 2018.
- DE LA MORENA LÓPEZ, JULIÁN, “Registro de contratos del sector público”, en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 132, 2014.
- DÍEZ SASTRE, SILVIA, “Los poderes adjudicadores. La contratación del sector público que no es administración pública”, en *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 205, 2017.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER, “El contrato de gestión de servicios públicos”, en *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. Extra 1, 1996 (Ejemplar dedicado a: Contratos de las Administraciones Públicas).
- GARCÍA ARROYO, CRISTINA, “Algunos aspectos sobre el concepto penal de funcionario público tras la LO 1/2015”, en GALÁN MUÑOZ, ALFONSO (dir.) y MENDOZA CALDERÓN, SILVIA (dir.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- HUERGO LORA, ALEJANDRO, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Publico”, en INAP, www.revistaonline.inap.es, 2017.
- LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ, “Objeto Social”, en ALONSO LEDESMA, CARMEN, *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid.
- LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de hombres y mujeres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, “De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento”, en *Revista de administración pública*, núm. 36, 1961.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, PILAR, “El contrato fijo discontinuo. Precisiones conceptuales, requisitos y derechos de las personas trabajadoras”, en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 17, 2022.
- RON LATAS, RICARDO PEDRO, “¿De qué responsabilidades puede exonerar al empresario la certificación de la que habla el art.42.1 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contrata y subcontratas?”, en *Foro galego: revista xurídica*, núm. 195, 2006.
- SAHÚN PACHECO, ROCÍO, *Riesgo operacional y servicio público*, BOE, Madrid, 2019.

- SALA FRANCO, TOMÁS y CARDONA RUBERT, MARÍA BELÉN, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*, Editorial La Ley, 1ª edición, 2008.
- SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO, “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo. La inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, en *Revista de derecho social*, núm. 39, 2007.
- SANTIAGO IGLESIAS, DIANA, “¿Es posible crear sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos locales en el marco de contratos de servicios y de concesión de servicios?”, en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 16, 2021.
- SANTIAGO IGLESIAS, DIANA, “Las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales”, en MARTÍ SARDÁ, ISIDRE (dir.) y MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, JOSÉ LUIS (coord.), *Régimen jurídico y configuración de las entidades instrumentales y de cooperación para la prestación de servicios públicos locales*, Libro III, Aranzadi, Pamplona.
- SASTRE BECEIRO, MÓNICA, “La distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios en la nueva Ley de contratos del sector público”, en MELGAREJO MORENO, JOAQUÍN (coord.) y FERNÁNDEZ ARACIL, PATRICIA (coord.), *Congreso Nacional del Agua Orihuela. Innovación y Sostenibilidad*, Universidad de Alicante, 2018.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, MARGARITA, “Sucesión de empresa en la sucesión de contratatas” en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE (dir.) y CANO GALAN, YOLANDA (coord.), *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, BOE, Madrid, 2021.
- TEJEDOR BIELSA, JULIO CESAR, “Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 18, 2018 (Ejemplar dedicado a: La Ley de Contratos del Sector Público).
- VELASQUEZ RESTREPO, CARLOS ALBERTO, “Sociedades de economía mixta”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 58, 1982.