

Federico A. Castillo Blanco

La reinternalització
de serveis públics:
aspectes administratius
i laborals

12E **Estudis de Relacions Laborals**

Federico A. Castillo Blanco

La reinternalització
de serveis
públics: aspectes
administratius i
laborals

© Diputació de Barcelona
Novembre 2017
Disseny gràfic: Jordi Palli
Composició: Addenda
Producció: Gabinet de Premsa i Comunicació de la Diputació de Barcelona

Índex

Abreviatures	7
1. La problemàtica i les singularitats del sector públic local en la reordenació del seu sector públic o en la reversió de serveis públics concessionats	9
1.1. Els processos de reestructuració del sector públic estatal i autonòmic: problemes que es plantegen en matèria de personal.....	9
1.2. El cas local: «buits normatius» i la necessària i aconsellable regulació dels efectes en matèria de personal com a conseqüència de les reestructuracions del sector públic.....	12
2. La remunicipalització de serveis públics: context, causes i factors	16
2.1. Introducció: context dels processos de reinternalització de serveis públics.....	16
2.2. Les causes i els factors que impulsen el retorn al que és públic: una referència especial als factors que cal tenir en compte per externalitzar o reinternalitzar serveis públics.....	20
a) Les característiques concretes del servei públic.....	24
b) Les capacitats institucionals i financeres del municipi.....	26
c) Economia política i costos de transacció no econòmics per a l'adopció de la mesura de reinternalització del servei públic.....	26
3. La tramitació administrativa: l'expedient de reinternalització	28
3.1. La situació amb anterioritat a les reformes fetes el 2013.....	28

3.2. La Llei de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local i la seva incidència en la tramitació procedimental per posar en marxa nous serveis o activitats dels ens locals.....	33
3.3. Limitacions jurídiques en l'adopció de la decisió de reinternalització del servei.....	35
3.3.1. Les limitacions que la LBRL estableix a la reinternalització de serveis públics pel que fa a la lliure elecció de la forma de prestació dels serveis públics: article 85 i disposició addicional novena LBRL.....	35
3.3.2. Els límits per a la incorporació de nou personal derivats de la taxa de reposició d'efectius i altres instruments d'ordenació de personal: una referència especial a la legislació contractual i pressupostària.....	39
3.3.3. Límits derivats del territori de prestació del servei.....	44

4. Àmbit subjectiu d'aplicació de les disposicions relatives a la subrogació en les relacions laborals: són aplicables al sector públic aquests casos?

4.1. La regla general establerta: aplicació universal amb independència de la naturalesa pública o privada del cessionari i del cedent i de la causa de la cessió.....	46
4.2. L'excepció a la regla general: reorganitzacions administratives i traspàs de funcions administratives entre autoritats públiques.....	49
4.2.1. Els supòsits exceptuats de la directiva.....	49
4.2.2. La Llei de pressupostos generals de l'Estat 2017: ampliació de l'àmbit d'aplicació de la directiva i de l'ET?	54
4.3. Les excepcions que preveu la legislació contractual de les administracions públiques.....	56

5. El cas típic de successió d'empreses: subrogació *ope legis* en les obligacions laborals

5.1. Canvi de titularitat de l'empresa, d'un centre de treball o d'una unitat productiva autònoma.....	58
5.2. Allò transmès ha d'afectar una entitat econòmica que mantingui la seva identitat, entesa com un conjunt de mitjans organitzats per dur a terme una activitat econòmica essencial o accessòria.....	60
5.3. Transmissió dels béns que conformaven l'actiu utilitzat per prestar el servei públic.....	61
5.4. Els requisits jurisprudencials perquè sigui procedent la subrogació en les relacions laborals.....	64

6. La successió de plantilles	67
7. La subrogació en les relacions laborals per la via convencional	74
8. Les previsions que conté la legislació contractual i, més específicament, els plecs de contractació pública	79
8.1. L'obligació d'informar els licitadors.....	79
8.2. Poden els plecs de clàusules administratives particulars establir obligacions de subrogació o incloure la subrogació com a criteri d'adjudicació?.....	81
9. Els supòsits de «cessió il·legal de treballadors» com a conseqüència de l'execució de contractes administratius	87
10. Les conseqüències que els mecanismes d'integració en el sector públic tenen per als treballadors	90
10.1. S'ha de subrogar l'ens local en tots els treballadors de la contracta?: abast i extensió de la subrogació.....	91
10.2. És preceptiva la subrogació per als treballadors afectats?.....	95
10.3. L'estatut jurídic del personal integrat.....	97
10.3.1. La determinació de l'estatut jurídic.....	97
A) La solució recurrent i tradicional: el personal indefinit no fix.....	98
B) L'opció per l'anomenat treballador «subrogat».....	106
10.3.2. Normes jurídiques, legals i convencionals aplicables als drets i les obligacions laborals dels treballadors reinternalitzats.....	112
10.4. Com a conclusió: la necessitat d'adaptar el nostre marc de relacions laborals en el sector públic.....	116
10.4.1. La problemàtica i la singularitat del personal laboral a les administracions públiques.....	117
10.4.2. La problemàtica que presenta la reinternalització de serveis públics en l'àmbit municipal: una nova prova que avala una reforma en profunditat del personal laboral al servei de les administracions públiques.....	119
10.4.3. Una tercera reflexió: la naturalesa de les relacions laborals en el sector públic requereix la seva qualificació definitiva com a especial i extreure totes les conseqüències que se'n deriven?.....	121
Bibliografia	125
L'autor	133

Abreviatures

AGE	Administració General de l'Estat
art.	article/articles
BOE	Butlletí Oficial de l'Estat
CE	Constitució espanyola de 1978
DOCE	Diari Oficial de les Comunitats Europees
ET	Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors
INAP	Institut Nacional d'Administració Pública
JCA	Jutjat Contenciós Administratiu
JCCA	Junta Consultiva de Contractació Administrativa
JGL	Junta de Govern Local
LBRL	Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local
LCSP	Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic
LDC	Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència
LGP	Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostària
LGSS	Reial decret legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei general de la Seguretat Social
LOEPSF	Llei orgànica 2/2010, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera
LOFAGE	Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració General de l'Estat
LPGE	Llei de pressupostos generals de l'Estat

LRSAL	Llei 27/2013, 27 desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local
RDL	Reial decret legislatiu
RLT	Relació de llocs de treball
RSCL	Decret de 17 de juny de 1955, pel qual s'aprova el Reglament de serveis de les corporacions locals
STC	Sentència/sentències del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees
STJUE	Sentència/sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea
STS	Sentència/sentències del Tribunal Suprem
STSJ	Sentència/sentències del Tribunal Superior de Justícia
TARC	Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tractat de Funcionament de la Unió Europea
TJCE	Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees
TJUE	Tribunal de Justícia de la Unió Europea
TREBEP	Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de l'Estatut bàsic de l'empleat públic
TRLCSP	Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic
TRLRHL	Reial decret legislatiu 2/2004, de 5 de març, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals
TRRL	Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local
TS	Tribunal Suprem
TSJ	Tribunal Superior de Justícia
TUE	Tractat de la Unió Europea

1. La problemàtica i les singularitats del sector públic local en la reordenació del seu sector públic o en la reversió de serveis públics concessionats

1.1. Els processos de reestructuració del sector públic estatal i autonòmic: problemes que es plantegen en matèria de personal

Per començar deixem clar que la legislació espanyola no ha resolt definitivament ni satisfactòriament com fer compatible el principi d'estabilitat en l'ocupació del personal fix en els processos de reversió de serveis públics que han estat externalitzats prèviament amb els principis d'accés a l'ocupació pública, que són coneguts de sobres, i els límits que presenten els instruments d'ordenació de l'ocupació pública en aquest sentit. I ja se sap que tots dos grups de principis estan protegits per la Constitució.

Fins ara, els buits els ha anat salvant una jurisprudència canviant i, no és sobrer posar-ho de manifest, de vegades desconcertant i fins i tot contradictòria. Per dir-ho ras i curt, quan la relació laboral hauria de ser qualificada, en principi, com a indefinida i fixa segons el que estableix el Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors (en endavant, ET), els requisits constitucionals d'accés a l'ocupació pública dificulten aquest reconeixement en condicions idèntiques i plenament. Aquesta «topada» d'ordenaments, entre principis constitucionals derivats tant del dret administratiu com del dret laboral, produeix situacions conflictives essencialment en relació amb la contractació temporal del personal.

No obstant això, i pel que fa al que ara ens importa, aquest conflicte s'ha traslladat als processos de reversió i reordenació del sector públic, atès que la jurisprudència limita les situacions en què les clàusules de subrogació en les relacions laborals afecten les administracions (per la via de l'art. 44 ET o per la via convencional), i, fins i tot en aquests supòsits l'incompliment dels requisits d'accés a l'ocupació pública presenta una certa problemàtica perquè es reconegui aquest personal com a personal laboral fix, sense més afegits.

En les situacions en què l'Administració assumeix la subrogació de personal resulta complex determinar en quines condicions hi ingressa aquest personal, ja que

l'accés a l'ocupació pública ha de complir els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, principis que no solen donar-se en aquests supòsits. El règim jurídic, segons ha conclòs alguna jurisprudència, hauria de ser assimilat al de personal indefinit no fix, però no al de personal fix, i l'Administració ha de proveir aquestes places mitjançant procediments de concurrència pública. Tot i que, certament, aquest no és un debat tancat i, com apuntarem, actualment hi ha altres opcions que es van obrint camí.

Les solucions aportades fins ara normativament en aquests processos de reestructuració del sector públic¹ (fixeu-vos, com exposarem tot seguit, que cal una norma de rang legal en determinats casos) s'han donat, fonamentalment, respecte als àmbits estatal i autonòmic. Així doncs, i junt amb la solució apuntada anteriorment, aquest «buit legal» s'ha anat cobrint amb disposicions legals que ofereixen diferents solucions a la problemàtica plantejada.

Efectivament, la Llei 15/2014, de 16 de setembre, de racionalització del sector públic i altres mesures de reforma administrativa, quan toca els processos de reordenació de diferents organismes públics en l'àmbit estatal,² o bé integra el personal en els nous organismes, que se subroguen en les relacions laborals,³ o bé, quan això no és possible per les raons apuntades, transforma els llocs de treball en places «a extingir», la qual cosa ha facilitat els processos d'integració perquè ha aportat una nota d'estabilitat en la relació laboral que mantenen amb l'Administració o amb un altre ens del sector públic mentre no es produeixi la seva baixa per qualsevol circumstància (jubilació, acomiadament disciplinari o objectiu, mort, etc.), supòsit en el qual aquesta plaça s'ha d'amortitzar. Sigui com sigui, el més rellevant és que amb aquesta qualificació s'exclou la convocatòria pública, de manera que s'altera la precarietat que, eventualment, es podria derivar de la figura de l'indefinit no fix.⁴

No obstant això, la norma també preveu legalment, de forma expressa, la subrogació en les relacions laborals mantingudes pel personal de fundacions que s'in-

1. Podeu trobar una anàlisi rigorosa d'aquests processos a MONTYOYA MARTÍN, E., «Reestructuración de la administración instrumental y de estructuras asociativas: lecciones aprendidas y estrategias». A: CASTILLO BLANCO, F. A. (dir.). *La reforma del Sector Público*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014, p. 107 i s.

2. La llei afecta diferents àmbits: defensa, cultura, internacionalització de l'economia espanyola, habitatge o educació, etc.

3. Així ho fa la norma, a títol d'exemple, amb el personal del suprimit organisme autònom Consell de la Joventut d'Espanya que s'integra a l'Institut de la Joventut (disposició addicional primera).

4. En efecte, l'article 3 de la norma esmentada, en parlar de la situació del personal de l'Obra Pia dels Sants Llocs estableix que: «El personal propi actual contractat en règim de dret laboral per l'Obra Pia dels Sants Llocs té la consideració d'«a extingir», i els llocs de treball que ocupen actualment s'amortitzen quan quedin vacants per mort, jubilació o qualsevol altra causa legal, i es poden donar d'alta, si s'escau, en la mateixa condició de personal laboral, sempre que sigui necessari per garantir la continuïtat de l'exercici de les funcions que s'estan efectuant a través d'aquests i com a personal de l'àmbit del Conveni col·lectiu únic de l'Administració General de l'Estat.»

La qualitat d'«a extingir» resulta clau ja que, *de facto*, equipara la situació del personal indefinit no fix al fix –no hi ha cap convocatòria de plaça–, de manera que aquesta previsió en les transferències de personal resulta un reforç notable de la garantia d'estabilitat en l'ocupació de les persones afectades per aquests processos de reordenació del sector públic.

tegren en altres organismes públics.⁵ Cal posar en relleu que la norma, en relació amb algun supòsit concret, li nega la condició d'empleat públic, pel que sembla, fent-se ressò de la jurisprudència dictada pel Tribunal Suprem a propòsit de la reestructuració del sector públic andalús.⁶ Més endavant tornarem sobre aquest punt que té una molt gran importància per tal de determinar la solució que cal adoptar després de les darreres novetats legislatives portades de la mà de la legislació pres-supostària corresponent a 2017.

Per la seva banda, en l'àmbit autonòmic, també s'han tirat endavant processos de reconversió del sector públic als quals no els ha mancat controvèrsia. Entre d'altres, es pot esmentar la Llei 1/2011, de 17 de febrer, de reordenació del sector públic d'Andalusia;⁷ així mateix, la Llei 11/2011, de 29 de desembre, de reestructuració del sector públic de Catalunya, o, per posar un últim exemple, la Llei 1/2013, de 21 de maig, de la Generalitat Valenciana, de mesures de reestructuració i racionalització del sector públic empresarial i fundacional.

Tots aquests supòsits, però molt singularment el cas català, fan previsions específiques respecte al personal de les entitats o societats que se suprimeixen.⁸

5. D'aquesta manera, respecte de la integració de fundacions en organismes públics, l'article 4 de la norma disposa, amb caràcter general, que:

«La integració no es pot entendre com a causa de modificació o de resolució de les relacions jurídiques que mantinguin les fundacions esmentades, i els organismes públics queden subrogats en les relacions jurídiques esmentades.»

6. En aquest sentit l'article 5 preveu que:

«El personal de la Fundació Universidad.es s'ha d'incorporar, depenent de les seves funcions, a l'organisme autònom Programes Educatius Europeus o a l'organisme autònom Universitat Internacional Menéndez Pelayo des del moment de la seva extinció, amb la mateixa situació, antiguitat i grau que, si s'escau, tinguessin, subrogant-se l'organisme corresponent en els contractes de treball concertats amb personal subjecte a contracte laboral.

En tot cas, la incorporació del personal procedent de la fundació s'ha de fer, en el seu moment, amb la condició d'«a extingir» i sense que, en cap cas, aqueix personal adquireixi la condició d'empleat públic.

Únicament pot adquirir la condició d'empleat públic mitjançant la superació de les proves selectives que, si s'escau, es puguin convocar a través de l'administració pública a la qual s'incorpora, en els termes i d'acord amb els principis continguts a la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic.»

Una previsió similar fa, pel que fa a la creació de l'ANECA, l'article 8 de la llei amb relació al personal de la Fundació Agència Nacional d'Avaluació de la Qualitat i Acreditació o respecte a la transferència d'una branca d'activitat de la Sociedad Estatal España, Expansión Exterior SA a l'entitat pública empresarial ICEX España Exportación e Inversiones (ICEX) en l'article 9.

7. En aquest supòsit, preveient la remissió a normes reglamentàries per a la regulació de les mesures en matèria de personal (entre d'altres, l'article 1.2, apartat nou). D'aquesta manera, els decrets de constitució de les noves agències que es creen a l'empara de la llei preveu la integració del personal laboral que treballava als organismes que era suprimit o era absorbit. El TSJA, en un primer moment, va donar la raó a les associacions de funcionaris i va paralitzar o bé directament els decrets de les agències o bé específicament els protocols d'integració del personal laboral. Els arguments judicials que van donar la raó a les associacions denunciants eren que el règim d'integració d'aquestes entitats no respectava «els principis bàsics d'accés a la funció pública d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat». Amb posterioritat, i després que la Junta d'Andalusia recorregués aquestes sentències, el TS va modificar aquesta consideració inicial. Les sentències, i per totes podeu veure la STS, Social, de 30 de desembre de 2013 (Rec. 3633/2012), tornen a incidir que el personal integrat en aquesta agència ja tenia la condició d'empleat al servei de l'Administració i que, per tant, el procés de reordenació del sector públic no canvia el seu estatus jurídic, que no se susciten dubtes de constitucionalitat respecte de la Llei 1/2011 esmentada i que el procés d'integració no lesiona el principi d'igualtat ni els drets de promoció professional dels recurrents.

Manté també el Suprem que el personal integrat només pot accedir a la condició de personal funcionari o laboral de l'Administració General de la Junta d'Andalusia participant en els processos selectius corresponents.

8. En efecte, el Decret llei 4/2010, de 3 d'agost, de mesures de racionalització i simplificació de l'estructura del sector públic de la Generalitat de Catalunya preveu diferents mesures. Així, per exemple, la disposició addicional primera preveu que, un cop dissoltes les societats mercantils Viatges de Muntanya, SA, i Remodelacions Urbanes, SA, el patrimoni i l'estructura necessaris de les entitats dissoltes s'han d'integrar en les entitats que passen a exercir seves funcions, les quals se subroguen en la seva posició jurídica. Així mateix, la disposició addicional tercera preveu per a Ferrocarrils que la nova societat ha d'assumir l'objecte i les funcions que desenvolupa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya i s'ha de subrogar en tots els drets i les obligacions de caràcter econòmic, contractual i laboral concrets per Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya. Fins i tot, de forma més contundent, la disposició addicional quarta, apartat 2, preveu de manera expressa que: «El personal laboral que, en el moment d'entrada en funcionament de l'Agència

1.2. El cas local: «buits normatius» i la necessària i aconsellable regulació dels efectes en matèria de personal com a conseqüència de les reestructuracions del sector públic

Com hem advertit, aquests processos, ateses les conseqüències jurídiques que comporten, fan aconsellable que hi hagi una norma amb rang de llei, més enllà de les previsions que estableix la legislació laboral, que avaluï les circumstàncies o els casos en què es poden aplicar aquestes integracions mitjançant la subrogació en les relacions laborals o mitjançant les declaracions d'«a extingir». Les singularitats que presenta la integració de personal en el sector públic així ho aconsellen. Però, com és manifest, almenys fins ara no s'havia fet cap previsió específica sobre aquests aspectes en el cas del sector públic local, perquè ni la legislació prèvia a la reforma de 2013 ni tan sols la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local (en endavant, LRSAL), van abordar aquesta problemàtica.

En efecte, la LRSAL va preveure que les comunitats autònomes assumissin determinades competències municipals i provincials, i també que les diputacions provincials assumissin la prestació de serveis municipals, o la gestió compartida d'aquests serveis,⁹ però, havent disposat aquestes mesures, en canvi no va recollir cap ni una regla específica sobre traspassos de personal i sobre les conseqüències que, en aquest sentit, poguessin tenir aquestes previsions normatives.

Els primers esborranys de l'avantprojecte de llei sí que en preveien mesures i, fins i tot, algun tipus de regulació sobre els traspassos de personal, però, paradoxalment, la versió definitiva de la LRSAL que va ser aprovada no es pronunciava sobre aquests aspectes, i això està plantejant certs problemes en l'actualitat com a conseqüència de la posada en marxa de processos de reinternalització de serveis.

Com hem dit, la LRSAL preveia nombrosos supòsits, i, precisament per això, sorprèn que una qüestió com la del personal afectat, que sovint resulta ser de les

de Qualitat i Desenvolupament Professional en Salut, presti serveis en l'Institut d'Estudis de la Salut i en l'Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat en Salut, o el personal d'aquestes entitats que tinguin suspesa la seva relació jurídica laboral queda integrat en l'ens públic que es crea, el qual se subroga de manera expressa respecte a les relacions contractuals de caràcter laboral d'aquest personal, amb el mecanisme de successió d'empresa previst a l'article 44 de l'Estatut dels treballadors.

El personal funcionari que en el moment d'entrada en funcionament de l'Agència de Qualitat i Desenvolupament Professional en Salut, presti serveis en les entitats que s'extingeixen, pot ser integrat en l'ens públic que es crea mantenint la seva condició de funcionari o funcionària públic. En aquest cas es regeix per les disposicions que li són aplicables atenent-ne la procedència i la naturalesa de la relació d'ocupació.»

9. La reforma del sistema competencial municipal passava, segons es desprenia del text, per tres idees fonamentals: en primer lloc, per eliminar o reduir algunes competències municipals, fonamentalment sobre salut, assistència social i educació (nou art. 25.2, DT 1a a 3a LRSAL); en segon terme, per suprimir la competència complementària general dels municipis (l'actual art. 28 LBRL); i, finalment, per preveure la coordinació dels més rellevants serveis obligatoris dels municipis de menys de 20.000 habitants passant de la centralitat de l'autonomia municipal a la centralitat de l'autonomia provincial en el món rural encara que, com ja hem apuntat, més que com a agrupació de municipis, com a divisió territorial per al compliment de les activitats de l'Estat i, en aquest cas, al servei de l'estabilitat pressupostària i la sostenibilitat financera.

Les STC 41/2016, de 3 de març de 2016; 111/2016, de 9 de juny de 2016; 168/2016, de 6 d'octubre de 2016, entre d'altres, han desactivat en gran manera els objectius pretesos.

més problemàtiques, no hagi trobat cap tipus d'empara en el text normatiu que finalment es va aprovar,¹⁰ a saber:

a) Supòsits de redimensionament intern o producte de la col·laboració interadministrativa.

— Celebració d'acords de delegació (art. 27.1 LBRL) o acords de col·laboració (art. 57 LBRL), o que acabi la vigència o quedi sense efecte un conveni de col·laboració que possibilitava la prestació d'un servei (disposició addicional novena LRSAL).

— Mesures de «redimensionament del sector públic local» que poden ser determinants per a la dissolució i la liquidació de les entitats i les societats que hi estiguin afectades (disposició addicional novena LBRL).

b) Supòsits de fusió, absorció o supressió d'entitats locals.

— Fusió de municipis (nou art. 13.4 a) LBRL).

— Supressió de mancomunitats (disposició transitòria onzena LRSAL).

— Supressió d'entitats d'àmbit territorial inferior al municipi (disposició transitòria quarta LRSAL).

c) Noves formes de prestació dels serveis públics o transferència de la competència per prestar-los a altres administracions públiques.

— Gestió integrada en les diputacions provincials dels serveis municipals (art. 26.2 LBRL).

— Assumpció dels serveis públics per part de la comunitat autònoma, tal com passa amb l'educació (disposició addicional quinzena LRSAL), la salut (disposició transitòria primera LRSAL), els serveis socials (disposició transitòria segona LRSAL) o els serveis d'inspecció sanitària (disposició transitòria tercera LRSAL).

— Assumpció directa de la gestió dels serveis públics mitjançant l'anomenada (re)municipalització.

Sembla obvi que, en qualsevol d'aquests supòsits, hi hauria personal afectat, tant si és per la supressió dels ens en què es prestaven serveis, com si es tracta de la transferència de la competència en una matèria determinada a una altra Administració, o bé de la prestació dels serveis públics mitjançant altres fórmules de gestió de serveis alternatives a la gestió externalitzada.

No obstant això, no es va dir res sobre la manera com s'havia de procedir ni en quines condicions quedaria el personal afectat, i la nostra legislació d'ocupació pública, dictada en temps de bonança, tampoc no hi oferia solucions precises. És cert, però, que, en alguns casos, i només en alguns casos (educació, sanitat, serveis socials, etc.), i en previsió d'una intervenció de la comunitat autònoma, amb l'avaluació prèvia dels serveis, sembla que el legislador estatal va remetre a les co-

10. Són d'aquesta mateixa opinió DIEZ QUESADA, A. i GONZÁLEZ-HABA GUIZADO, V. M., «Innovaciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en materia de empleo público y en el régimen retributivo de los miembros de las corporaciones», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2 (2014).

munitats autònomes la determinació de les mesures que calia adoptar. D'aquesta manera, les comunitats autònomes van optar per fer canvis negociats amb les entitats locals afectades, tal com preveu de manera expressa la Llei de Galícia 5/2014, de 27 de maig, de mesures urgents derivades de l'entrada en vigor de la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local,¹¹ o remetent al que estigui establert reglamentàriament en el moment que hi s'esdevingui el traspass dels serveis (Decret llei 1/2014, de 27 de març, de Castella i Lleó, de garantia i continuïtat dels serveis socials).¹²

Així doncs, sembla clar que la solució dependria de la causa que motivava en última instància el supòsit concret de reordenació, de manera que, i a tall d'exemple, no seria idèntiques les solucions que es puguin adoptar en els casos de supressió d'un servei públic i les dels casos de transferència d'aquest servei a una altra Administració pública. Igualment cal tenir en compte el règim jurídic del personal, funcionari o laboral, que presti els seus serveis en la unitat o el centre de treball afectat, com també si es tracta de personal temporal i de la causa que va motivar-ne el contracte o el nomenament interí.

D'aquesta manera, i en absència d'una norma específica, llevat dels supòsits esmentats anteriorment, en què la qüestió l'haurien d'enfrontar les normes autonòmiques, la resta s'hauria de resoldre amb els insuficients mecanismes de què es disposava en aquells moments i, en bona part, en l'actualitat. En el cas del personal funcionari, se'ls hauria de declarar en la situació administrativa que correspongui, o bé mitjançant la successió universal en els drets i les obligacions de l'ens que assumeix el servei (a aquest efecte, l'art. 88.2 RSCL mateix inclou una previsió específica que en l'actualitat ha de ser complementada amb el que disposa la disposició adicional vint-i-sisena de la Llei de pressupostos generals de l'Estat de 2017); i, en el cas del personal interí, en els supòsits en què no quedi integrat, el cessament per desaparició de la causa que va motivar-ne el nomenament. En el cas del personal laboral, les solucions han d'arribar de la mà de l'aplicació, quan escaigui, del mecanisme subrogatori que preveu l'article 44 ET o, en els casos més

11. D'aquesta manera, l'article 12, amb el títol «Coordinació i col·laboració entre l'Administració autonòmica i la local», estableix que: «S'ha d'establir un marc de coordinació i col·laboració efectiva entre l'Administració autonòmica i la local amb vista a la prestació i el manteniment dels serveis davant de la ciutadania, i se n'ha de promoure la millora i garantir-ne la prestació efectiva i promoure el treball en comú per a la solució d'aquells problemes que puguin presentar-se més enllà del repartiment competencial concret en els diferents sectors de l'acció pública».

12. En aquest sentit, l'article 5 del decret llei esmentat assenyalava que el traspass de mitjans econòmics, materials i personals vinculats a les previsions que contenen la disposició adicional quinzena i les disposicions transitòries primera, segona i tercera de la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local, s'ha d'articular d'acord amb els criteris que determini reglamentàriament la Junta de Castella i Lleó en el marc de la normativa bàsica i del que disposin les normes reguladores del sistema de finançament de les comunitats autònomes i de les hisendes locals.

És gairebé idèntica la determinació que conté l'article 8 del Decret llei 1/2014, de 27 de juny, de mesures urgents per a la garantia i continuïtat dels serveis públics a la Comunitat Autònoma de la Regió de Múrcia, derivat de l'entrada en vigor de la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local.

Més recentment, la Llei 8/2015, de 2 de desembre, de mesures per a la garantia i continuïtat a Castella-la Manxa dels serveis públics com a conseqüència de l'entrada en vigor de la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local, remet a normes reglamentàries del Consell de Govern per aprovar l'assumpció de la titularitat d'aquestes competències, així com les condicions per al traspass dels mitjans econòmics, materials i personals corresponents.

problemàtics, mitjançant l'extinció dels contractes de treball per la via dels articles 51 i 52 ET i el seu desplegament reglamentari específic en l'Administració pública o, en el cas de contractes temporals, de nou el cessament per extinció de la causa que va motivar el contracte.¹³

En qualsevol cas, al meu parer, si no es va optar per una regulació normativa amb caràcter general, s'haurien d'haver previst mecanismes específics en el sector públic local que establissin les vies, els requisits i els límits per a la integració del personal. Però la veritat és que, segons això, tant l'Estat com les comunitats autònomes sí que s'han tingut en compte en la seva esfera organitzativa previsions específiques sobre la matèria quan han emprès els processos de reestructuració del seu sector públic als quals ens hem referit.

Finalment, tal com exposarem al llarg d'aquestes pàgines, ha estat la jurisprudència, i més recentment una actuació puntual del legislador pressupostari amb caràcter bàsic (això sí, un cop s'ha emprès la reestructuració en l'àmbit estatal i autonòmic), la que ha donat almenys una resposta, ja veurem si encertada, als processos que són objecte d'aquest estudi.

13. Podeu trobar una aproximació a les mesures que s'hi poden adoptar en els treballs de CANTERO MARTÍNEZ, J., «Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal», *Cuadernos de Derecho Local* (Fundación Democracia y Gobierno Local), núm. 28, 2012, i de PALOMAR OLMEDA, A., «La planificación del empleo público y su ejecución: las medidas de redimensionamiento en el ámbito de las Administraciones Públicas», a FUENTETAJA PASTOR, J. (dir.), *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 223 i s.

2. La remunicipalització de serveis públics: context, causes i factors

2.1. Introducció: context dels processos de reinternalització de serveis públics¹⁴

Per començar, cal assenyalar, com és sabut i com veiem si donem una ullada a la història, que al segle XIX la major part dels serveis públics que avui coneixem com a tals, i que precisament a hores d'ara són en el punt de mira per –utilitzant la terminologia a l'ús– ser «remunicipalitzats» (aigua, residus, transport, etc.), els van prestar empresaris privats.¹⁵ I va ser la baixa qualitat de la prestació d'aquests serveis el que va motivar que de manera progressiva que se n'anessin fent càrrec de la gestió els municipis a pràcticament tot Europa. Aquesta decisió que la prestació l'assumissin els municipis no es va prendre per casualitat. Amb caràcter general, aquest model va donar lloc a una proliferació de monopolis privats en la prestació dels serveis, en la major part dels casos no regulats, que, sobretot, operaven en centres urbans i amb una universalització del principi d'exclusió, tal manera que aquests serveis es prestaven gairebé exclusivament per als qui els poguessin sufragar. Cal no oblidar que, a més, aquesta prestació no tenia en compte les implicacions ambientals que se'n derivaven (per exemple, en el cas de l'aigua, l'interès dels empresaris se centrava en l'abastament, però no en el sanejament ni en la gestió ambiental).

A Espanya també es va produir un fenomen similar, de manera que, des de la fi del segle XIX i les primeres dècades del segle XX, van aparèixer societats mercantils constituïdes pels ajuntaments per a la prestació de serveis públics. L'Esta-

14. RAMÍO, C., «Los referentes internacionales en los procesos de externalización de servicios». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 77, p. 207, ha posat de manifest l'evolució en les formes de prestació dels serveis públics.

15. La terminologia utilitzada no és neutral i pot confondre. TORNOS MAS, J., «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43 (2017), ho ha posat de manifest indicant que remunicipalitzar suposa l'existència d'un servei local prèviament municipalitzat. Remunicipalitzar no suposa, per tant, crear un servei públic nou, ni evitar la privatització d'un determinat servei públic –en el sentit de tornar aquesta activitat a un règim de mercat. En definitiva, i com suggereix aquest autor, del que estem parlant en realitat és de reinternalitzar un servei públic que, fins aquell moment, es prestava mitjançant fórmules indirectes de gestió.

tut municipal de Calvo Sotelo, aprovat pel Reial decret llei de 8 de març de 1924, donava carta de naturalesa a aquesta fórmula, que poc després va ser impulsada a escala estatal per Primo de Rivera (Reial decret de 28 de juny de 1927), mitjançant la constitució d'empreses de tant relleu econòmic com ara la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos Sociedad Anónima o la Compañía Telefónica Nacional de España Sociedad Anónima.

Després de la Segona Guerra Mundial, amb l'aparició del paradigma de l'estat social i el seu correlat de garantir la prestació d'un nombre més elevat de serveis públics i fer diverses activitats econòmiques; l'Administració, doncs, va assumir, en molts casos mitjançant una reversió anticipada, serveis que fins a aquell moment es duïen a terme mitjançant fórmules de concessió. Per això, precisament, el nostre vetust, però encara vigent, Reglament de serveis de les corporacions locals inclou previsions per a la «municipalització» de serveis públics.

Però cal posar en relleu que aquesta transformació del paper de l'Estat en la societat, i, en conseqüència, de l'Administració com a principal actora de l'Estat, va determinar un creixement important dels recursos (humans, financers, materials, etc.) al servei del sector públic.¹⁶ L'assignació creixent de recursos, però, uns anys després va ser reiteradament acusada d'ineficient i, en cert sentit, anestesiant de la iniciativa i el progrés de la societat.¹⁷ La conseqüència va ser que, finalment, amb l'anomenada «crisi fiscal» de l'Estat, va resultar aconsellable fer una certa revisió del paradigma del creixement continu i il·limitat de l'Estat mateix.¹⁸

D'aquesta manera, a partir d'aquell moment cada cop hi havia més veus que reclamaven un canvi en les formes i en els mitjans per gestionar el sector públic. Es va fer palesa la idea que era necessari un sector públic que racionalitzés els recursos i que optimitzés els resultats per tal de deixar de ser un obstacle i constituir-se en la infraestructura imprescindible que proporcionés credibilitat i seguretat en el compliment dels seus compromisos de servei al conjunt de la societat i a cadascun dels ciutadans, de manera que mantingués la capacitat de supervivència

16. Així, entre 1960 i 1982, el percentatge de les despeses públiques en el PIB va augmentar més de vint punts en el conjunt dels països de l'OCDE. El 1982, la proporció oscil·lava entre un 34% al Japó i un 67% a Suècia. A Espanya se situava prop del 40% del PIB.

17. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al profesor García de Enterría*, Madrid, 1991, p. 3836, adverteix del perill de convertir la idea de l'Estat social en un Estat assistencial. En aquest sentit, argumenta que «[...] els valors que proclama la Constitució de llibertat, justícia, igualtat, no només formal, els drets i deures que consagra, i les directrius de la política econòmica i social, marquen uns objectius clars que vinculen els poders públics, tot i que la vinculació als fins sigui compatible amb el pluralisme polític i l'elecció de diversos mitjans per dur-los a terme. Per això, l'Estat social no pot arribar a confondre amb un Estat assistencial l'objectiu substancial sigui atendre els que queden marginats per efecte del lliure joc social; per contra, la fi última és aconseguir que aquesta marginació no es produeixi, el que no impedeix, òbviament, que en la mesura que aquesta finalitat no s'assoleixi els poders públics hagin de dur a terme una efectiva tasca d'assistència social [...]».

18. És evident que el procés de privatització emprès en una gran quantitat d'estats va respondre a raons econòmiques com ara la reducció del pes del sector públic, l'estímul del sector privat i l'augment de l'eficàcia en la gestió. En relació amb això podeu consultar CUERVO, A. i FERNÁNDEZ, Z., «Una nueva estrategia para el sector público. La privatización», *Economistas*, núm. 19, 1986, p. 17-22.

i competitivitat del país en un món cada cop més globalitzat i interdependent que començava a fer-se present.¹⁹

Va ser així com, sense perjudici de les facultats d'intervenció i conservant la seva importància necessària, en aquells moments el sector públic es va haver de replegar, abandonar un paper protagonista en l'escenari industrial i comercial i donar pas a la privatització, la desregulació i l'autoregulació regulada, així com a la liberalització de sectors estratègics en la nostra economia. I amb això, igualment, es va haver de repensar l'ordenament regulador de l'acció de l'Estat, que també va haver d'afrontar transformacions rellevants.²⁰ Llavors, començava el trànsit d'un Estat prestador a un Estat garant.²¹

Aquest conjunt de reflexions va encoratjar en gran manera processos d'externalització de serveis que partien de diferents consideracions. Així, al costat d'uns fonaments econòmics (crisi financera i creixement del dèficit públic) i polítics (ascens del neoliberalisme a diversos països), la globalització dels mercats a escala internacional obligava a establir una competència lícita, encara que nova, entre estats, territoris, ciutats, etc., que avocava cadascun dels ordres territorials anteriors a disposar d'un sector públic dinàmic i eficient que, en comptes de restar possibilitats a la inversió i al creixement de la societat civil, en coadjuvés d'una manera activa i eficientment l'articulació.

D'aquesta manera, des dels anys vuitanta del segle xx, la ideologia neoliberal, basant-se precisament en aquesta suposada ineficiència de la gestió pública dels serveis, va impulsar processos de privatització i externalització dels serveis al nostre país. I la realitat és que aquest fenomen, lluny de ser privatiu del nostre país, va ser també un fet comú a tots els països del nostre entorn: França, Itàlia, el Regne Unit i Alemanya van ser uns exemples clars d'iniciatives tendents a reformar el sector públic en aquest sentit. En efecte, i fins i tot amb independència de la ideologia política que es mantingués, es va començar a admetre la privatització, en les seves diverses formes, com un model desitjable de gestió i, en el context general, va haver-hi pocs països que no tinguessin entre els seus objectius una reducció de l'aparell estatal mitjançant la

19. En efecte, els governs occidentals han reconegut l'especial vincle que existeix entre el sector públic i l'economia nacional. En aquest sentit, podeu veure l'informe «Public Management Development Survey», París: OCDE, 1990. Com a conclusió d'aquest informe, es pot afirmar que la competitivitat de l'economia depèn en gran mesura de l'eficàcia de l'Administració pública.

20. Resulta molt esclareidor llegir el diagnòstic de la situació que presenta el magnífic volum de PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y Renovación del Derecho Público*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 17 i s., en què l'autor exposa la necessitat de fer un replantejament del dret administratiu ja que «les noves exigències a les quals s'enfronta l'Estat considerat globalment transcendeixen preferentment a l'Administració com a instrument primari d'aquest en l'acció de configuració i integració socials. Des d'aquest punt de vista, constitueix ja una comprovació tòpica destacada recentment per H. FABER, el progressiu venciment de l'acció administrativa –en detriment no tan sols de l'acció autoritària i coactiva, sinó també de la prestacional consensuada–, de la banda de la planificació, la previsió, l'organització, la coordinació i la ponderació, la prioritització i l'harmonització de necessitats, interessos i objectius, en una evolució que tendeix a fer de les Administració la infraestructura garant de la vida social, amb una pèrdua paral·lela d'importància relativa de les intervencions esmentades de tall més tradicional en l'activitat dels ciutadans. Un canvi com aquest en l'economia interna de les formes de l'acció administrativa només és conseqüència lògica de la transformació experimentada per les funcions i tasques, així com les estructures del sector públic».

21. Són molt rellevants les aportacions que fa en aquest sentit ESTEVE PARDO, J., *Estado Garante. Idea y realidad*, Madrid: INAP, 2015.

transferència al sector privat o, alternativament, una millora de la gestió dels serveis públics mitjançant la utilització del dret privat i de les tècniques de gestió pròpies del sector empresarial privat.²² Cal no oblidar, però, que l'externalització també podia ocultar un problema d'infrautilització dels recursos humans propis en aquestes administracions, atès que si es van externalitzar els serveis, però no es va redimensionar i reorganitzar l'Administració pública corresponent, l'eficiència, en termes de despesa pública, sens dubte, s'havia de veure compromesa en aquests processos d'externalització mitjançant gestió indirecta dels serveis públics.

En definitiva, la idea subjacent al fenomen de privatització era que l'única manera de fer que l'Administració fos més eficient requeria que se la dotés d'un component empresarial i, per tant, que fos gestionada com una empresa privada, encara que modulada per la seva naturalesa pública. Concretament, METCALFE i RICHARDS contemplaven cinc iniciatives enfocades a dotar la gestió pública d'una eficiència més elevada: 1) millora de la comptabilitat pública, 2) cobrar per a la provisió de serveis comuns dins de l'Administració, 3) cobrar pels serveis prestats a clients externs, 4) contractar a l'exterior la provisió de serveis i, 5) contractar serveis de gestió.²³

Als anys noranta del segle xx, per tant, i com a conseqüència de les reflexions anteriors, tots els governs, de qualsevol signe, van afavorir, d'una manera més gran o més petita, la privatització, especialment pel que fa a l'externalització de la gestió de serveis públics mitjançant contractes i concessions amb empresaris privats. Les justificacions es van basar essencialment, com ja s'ha apuntat, en paradigmes com és ara la reducció de la despesa pública i la recerca d'una eficiència més gran en la prestació dels serveis públics, sense oblidar, com també s'ha assenyalat, el predomini d'una ideologia neoliberal que buscava en la cèlebre expressió d'algun líder polític de llavors fer «retrocedir les fronteres de l'Estat» i, consegüentment, reduir la dimensió del sector públic. D'altra banda, l'externalització de serveis públics va tenir conseqüències rellevants en l'àmbit laboral, en termes d'estabilitat en l'ocupació, però cal no oblidar que, a més, també va tenir la seva influència en termes de poder sindical.

I arribats en aquest punt, el debat que és objecte d'aquest estudi ens torna de nou al principi. En efecte, actualment, en sentit invers, i precisament en el marc de processos de reestructuració del sector públic als països del sud d'Europa en què la privatització i l'externalització d'activitats i serveis havia estat un eix essencial, s'està iniciant una certa tendència a revertir a la gestió pública directa alguns

22. METCALFE, L. i RICHARDS, S., *La modernización de la gestión pública*, Madrid: INAP, 1989, p. 231, opinaven que dins el concepte de privatització s'inclouen temes diversos, com la desreglamentació, cobrar pels serveis públics, contractar a l'exterior, adoptar mètodes comercials a l'Administració pública i transferir la propietat del sector públic al sector privat.

23. METCALFE, L. i RICHARDS, S., *op. cit.*, p. 232 i s.

dels serveis que en un altre temps van ser externalitzats amb uns resultats que, en més d'un cas, han estat, sens dubte, discutibles

No obstant això, ens hem de preguntar si s'està produint el debat que realment cal sobre la gestió òptima de determinats serveis o si, alternativament, estem sumits en una nova onada sense la reflexió necessària. A això dedicarem les línies següents.

2.2. Les causes i els factors que impulsen el retorn al que és públic: una referència especial als factors que cal tenir en compte per externalitzar o reinternalitzar serveis públics

Les causes que impulsen el retorn al que és públic en l'actualitat han estat objecte de reflexió per la doctrina²⁴ i, tanmateix, tampoc no es poden menystenir els rellevants informes que han «amenajat» la suposadament superior eficiència del sector privat en la gestió dels serveis públics locals. En aquest sentit, els estudis desenvolupats per diverses institucions, inclòs el Tribunal de Comptes en el seu informe sobre la fiscalització del sector públic local de l'exercici de 2011, destaquen que el cost públic dels serveis privatitzats és superior i, el que és encara més greu, que hi ha un deteriorament en la qualitat dels serveis externalitzats.²⁵

24. WOLLMANN, H., «La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un "retorno" a las gestiones públicas/municipales?», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 31, febrer 2013, p. 70-80, exposa les raons següents que avalarien aquesta idea:

a) *La convicció que el sector públic/municipal té una capacitat de gestió superior a la del sector privat, o almenys igual.*

Segons l'opinió d'aquest autor, en la percepció i en l'experiència pràctica de molts actors polítics i administratius locals, ara s'està discutint la concepció neoliberal, i ja no es dona per descomptada la convicció de la superioritat del sector privat per garantir serveis de bona qualitat a un preu assequible. Cita com a exemple una anàlisi feta en nom del Banc Mundial sobre la gestió de l'aigua en molts països, i arriba a la conclusió que «no hi ha cap diferència estadísticament significativa entre els proveïdors públics i els privats pel que fa a la seva eficiència econòmica» (World Bank, 2004).

b) *La preferència «ètica» i de valors que els ciutadans/usuaris atorguen a la gestió pública.*

Segons l'opinió d'aquest autor, el recent augment de la preferència pel sector públic com a proveïdor de serveis es reflecteix també en l'apreciació dels ciutadans/clientes, és a dir, en els valors compartits en l'anomenada cultura política.

c) *Guia i control del govern local sobre la gestió dels serveis públics.*

En la gestió dels serveis públics, els ens locals i les empreses locals estan obligats a complir, en qualsevol cas, requisits diferents. En aquest sentit, explica que, per una banda, estan exposats a la competència del mercat i s'han d'adaptar a la seva lògica econòmica, tenint com a objectiu l'eficiència econòmica. De fet, obligats a jugar amb les regles «del mercat», els municipis i les seves societats (*Stadtwerke, municipalizzate*) semblen que han après a «jugar», per exemple, reclutant i ensinistrant personal prou qualificat, fins i tot amb habilitats empresarials. D'altra banda, els municipis, sobretot el govern municipal, com a òrgan electe i representatiu, ha d'imposar i pot imposar també fins polítics, per assolir objectius socials i ecològics en benefici de la «comunitat local» que representen i que governen. Aquesta finalitat es pot assolir també amb el sistema de «finançament transversal», és a dir, mantenint un servei local en dèficit, o amb menys rendibilitat, perquè s'utilitza el benefici més alt que genera un altre servei.

Per contra, una empresa privada que gestiona un servei públic està orientada únicament a la lògica purament econòmica, potser «externalitzant» els costos socials i ecològics.

La gestió pública, en canvi, ha de combinar les dues lògiques: l'econòmica i la social, ecològica, etc.

d) *Reducció de la pressió de la Unió Europea sobre la gestió dels serveis públics.*

I és que, com argumenta l'autor, si en un primer moment la Unió Europea va impulsar fortament la liberalització i la privatització dels «serveis d'interès econòmic general» (*services of general economic interest*), el Tractat de Lisboa de desembre de 2007 va reduir molt aquest impuls. De fet, en el protocol adjunt, el paper de les autoritats nacionals, regionals i locals va ser especialment accentuat, i se'ls reconeixia «un ampli marge de discrecionalitat» per decidir «com els serveis d'interès econòmic general es poden fer disponibles i licitats, i organitzar-se de manera que responguin millor a les necessitats dels clients/usuaris».

25. TORNOS MAS, J., «La remunicipalización...», *op. cit.*, p. 32 i s., es fa ressò de diferents informes, com l'informe PSIRU de la Universitat de Greenwich, «Per què l'aigua és un servei públic: destapant els mites de la privatització», de 16 de maig de 2012, i l'informe de Pigeon Mc Donald, Haedemon i Kishimoto «Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas», publicat pel Transnational Institute d'Amsterdam el març de 2015.

Sí que cal subratllar que, entre altres factors, i en el cas del nostre país en concret, aquest procés de tornada al que és públic ha estat una conseqüència directa de la necessitat de contenció i reducció de la despesa pública que s'ha viscut els darrers anys per tal d'intentar reduir els costos dels serveis; no obstant això, en altres, i sobretot després dels resultats dels darrers comicis electorals locals, aquest retorn respon a la voluntat de recuperar la direcció, el control i la gestió de serveis públics externalitzats. En qualsevol cas, no és un procés privatiu d'Espanya: ciutats europees com ara París, Montpeller, Grenoble, Bordeus, Berlín, Stuttgart, Gènova o Budapest també han iniciat processos similars.²⁶

Així doncs, s'ha anat obrint pas a la idea de recuperar els serveis externalitzats amb un conjunt d'arguments que van des de la millora de les prestacions ofertes als ciutadans fins a la necessitat d'unir els objectius econòmics a d'altres de socials o d'ecològics que es preserven millor des del que és públic.²⁷ Hi ha arguments socioeconòmics, sí, però també, com podem veure, n'hi ha de caràcter politicoideològic. En qualsevol cas, considero que la generalització d'aquests arguments, que, per descomptat, poden estar ben fonamentats en determinats casos, no ens pot portar a pensar que aquesta és la millor opció per a tots els serveis públics que actualment estan externalitzats ni per a tots els municipis.

A tall d'exemple, en el cas que els municipis s'hagin mostrat ineficients tan sols pel que fa al control i la direcció de les empreses privades que prestaven aquests serveis quan estaven externalitzats, sembla lògic pensar que cal preguntar-se si en el cas que assumeixin la gestió directa integralment, cosa que comporta més problemàtica, seran més eficients en la prestació.²⁸ Cal tenir present que, quant a la gestió del personal laboral que s'incardina en aquests serveis, les prerrogatives organitzatives i de direcció són similars sigui quina sigui la naturalesa jurídica de l'ocupadora, si salvem alguns extrems en què les previsions que imposa el dret pú-

26. Sobre les diferents experiències que s'han esdevingut en aquesta matèria cal fer esment d'ESTEVE PARDO, J., «El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas», *El Cronista del Estado Social y Democrática de Derecho*, núm. 69, 2017, i, en el mateix número, el treball de FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., «Privatizaciones y remunicipalizaciones: experiencias en el Ayuntamiento de Sevilla». El primer conclou, en la pàgina 11, que, tot i el debat creixent entorn del tema, no s'adverteix un retorn generalitzat a la gestió pública, i és que, com es mantindrà aquí, l'autor assenyala que l'opció per la gestió pública o privada no admet una posició *a priori*, sinó que dependrà d'un conjunt variat de circumstàncies.

27. Partidari de les tècniques d'«autoprovisió administrativa» enfront de les tècniques de gestió externalitzada, donada la maduresa assolida en el nostre ordenament i diferents experiències comparades que exposa, es mostra AMOEDO SOUTO, C. E., «La autoprovisión administrativa como alternativa a la externalización», a FONT I LLOVET, T. i DIEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Madrid: Iustel - Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, p. 117 i s.

28. De gran interès respecte d'aquest punt és el llibre de TAMAMES, R. (coord.), *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Barcelona: Editorial Profit, 2017, per als que, al costat de posar en relleu un relat contextualitzat dels processos de remunicipalització, estimen que lluny del discurs populista que intenten imposar les noves autoritats municipals pel que tracten de convèncer els ciutadans que «el que és públic és sempre millor», sembla necessari canviar el focus del debat des d'aquestes posicions ideològiques cap a plantejaments situats en l'elecció d'una sèrie de maneres o eines d'intervenció pública a l'hora de prestar els serveis públics, no en va tot és qüestió de números, d'avaluacions i de mecanismes reguladors i de control. Parlem de recollida d'escombraries, de neteja viària, d'infraestructures, de regulació del trànsit, de centres culturals i de gent gran, de transport, d'habitatge [...] Tot un catàleg de prestacions que podrien passar a ser exercides per funcionaris o treballadors municipals. Les decisions que es prenen al respecte mereixen un debat centrat en arguments contrastables i en raons d'eficàcia i eficiència dels models públics i privats, i és important reflexionar sobre si, en el cas que els ens locals s'hagin mostrat ineficients en el control i direcció dels concessionaris, seran més eficients en la gestió directa d'aquests mateixos serveis?

blic són d'aplicació preferent. Si als costos generalment acceptats per determinar el cost del servei s'unissin els costos de supervisió i control de les activitats públiques de gestió privatitzada –i la qualitat dels serveis que presten–, potser el balanç no seria tan nítid.

En aquest sentit, TORNOS considera que cal evitar caure en plantejaments ideològics que identifiquen la gestió pública amb l'única manera de defensar els interessos generals i rebutgen les formes de col·laboració publicoprivada com a fórmules que tendeixen a beneficiar determinades empreses privades. Per a aquest autor, i compartim aquesta opinió, el debat s'ha de centrar en cada servei, perquè no hi ha una conclusió general vàlida per a tots els supòsits de gestió externalitzada ni per a totes les administracions per determinar quina és la manera més eficaç de gestionar-los.²⁹

Fins i tot les mesures que conté en la Llei de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local, contradictòries en aquest sentit, d'una banda, impulsaven mesures (com la reorganització de la planta local i de les competències de les entitats locals, la reestructuració dels serveis públics locals i del sector públic local i dels organismes i entitats en els quals participen) que haurien impulsat canvis profunds en l'organització i l'estructura dels serveis públics i en el personal al seu servei;³⁰ mentre que, de l'altra, amb les dutes a terme, privilegiaven en certa manera la gestió indirecta.³¹ Tanmateix, convé advertir que aquesta norma, com que l'aplicació en els aspectes més controvertits és relativa o nul·la,³² ha tingut molt menys impacte del que s'hagués pogut pensar en el moment que es va promulgar. En realitat, es tracta d'un impacte més teòric que real, perquè no s'ha produït la reorganització competencial que la norma anunciava, de manera que els resultats són, llevat de les disfuncions en l'estructura dels recursos humans com a conseqüència de les normes pressupostàries dictades al seu torn, molt més limitats del

29. TORNOS MAS, J., «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017, p. 23.

30. I és que, derivat d'aquesta norma es podrien haver produït importants efectes, a saber: supressió d'entitats, ens, activitats o serveis que no fossin competència pròpia dels ens locals; fusió o integració d'entitats, ens instrumentals o societats mercantils; substitució per altres administracions en la titularitat de determinades activitats o serveis; gestió directa de serveis procedents d'externalitzacions anteriors, etc.

Podeu veure VELASCO CABALLERO, F., «Reforma de la Administración Local: una nueva distribución territorial de poder», a CASTILLO BLANCO, F. A. (dir.), *La reforma del sector público*, Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014, i FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L. C., «La nueva reforma local en relación a los servicios públicos y el régimen de intervención en las actividades de los ciudadanos», a QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), *La reforma de régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, València: Tirant lo Blanch, 2014.

31. En el mateix sentit, ESTEVE PARDO, J., «El movimiento remunicipalizador...», *op. cit.*, p. 10, i VILLAR ROJAS, F. J., «Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59 (2016), p. 106.

32. Recentment, amb valoració del fracàs que ha suposat la norma i amb la proposició d'alternatives a les propostes que planteja, podeu veure el treball de BOIX PALOP, A., «El régimen local tras el fracaso de la reforma 2013», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 68 (2017), per a qui: «Podem considerar, però, que en tots i cadascun dels eixos essencials referits les seves orientacions, gairebé tres anys després de la seva aprovació, s'han manifestat com a fracassades, bé per la avaluació incorrecta de la necessitat efectiva d'una reforma en aquest punt, bé per la incapacitat de la norma per impulsar canvis efectius, bé per la equivocació patent en algunes de les finalitats perseguides, que el temps ha posat, si és que podia ser, encara més en relleu».

que podríem haver pensat en el moment que va entrar en vigor.³³ En aquest sentit, SÁNCHEZ MORÓN es mostrava escèptic sobre el fet que les mesures previstes fessin que es produís una veritable reducció d'efectius.³⁴ El temps, almenys ara per ara, ha confirmat en gran manera aquesta previsió.

Els canvis i els impactes més visibles, em refereixo als que s'han esdevingut realment en matèria de recursos humans en les entitats locals, realment no han tingut com a protagonista principal aquesta norma, sinó les limitacions a la gestió de personal que les diferents normes pressupostàries han establert, tant pel que fa a la reposició d'efectius i a les restriccions per contractar com a les limitacions retributives i l'increment del temps de treball que també es van establir al seu dia.³⁵

No obstant això, és cert que els mateixos plans vigents de reordenació del sector públic i d'estabilitat pressupostària preveuen la possibilitat de modificar la modalitat de gestió, i això inclou, entre altres mesures, la recuperació de la gestió per garantir el manteniment del servei o l'activitat, sense posar en perill l'estabilitat de l'Administració titular del servei i sempre que el cost públic sigui menor. I és que la reordenació economicopressupostària a què estan obligades les entitats locals està provocant una revisió no només de les seves estructures o prestacions (serveis públics), sinó també, en alguns casos, dels contractes existents, com el de gestió de serveis públics, i imposen, per mitjà de la modificació unilateral, una reducció del preu del contracte o altres alteracions de la seva estructura, perquè el seu manteniment resulta insostenible.

D'aquesta manera, el mateix model de Pla d'ajust de l'Ordre HAP/537/2012 recull mesures que podrien situar els ajuntaments que hi estan subjectes no només enfront de la decisió de modificar un contracte en vigor, que també, sinó de resoldre'l, de manera que es remunicipalitzí el servei públic si econòmicament i finançerament és possible (mesura 7).³⁶ En efecte, les mesures que inclou el model de

33. Així mateix, cal tenir en compte la jurisprudència constitucional que ja ha recaigut sobre aquesta norma, i que es plasma, en l'essencial i a l'espera de noves resolucions del TC, en les STC 41/2016, 111/2016, 168/2016 i 180/2016, després de les quals els objectius de la LRSAL en relació amb la reordenació de competències autonòmiques sobre règim local i amb les limitacions a l'autonomia dels municipis han resultat desactivades en gran manera.

34. SÁNCHEZ MORÓN, M., «El impacto de la reforma de la Administración Local en el empleo público», a *Anuario de Gobierno Local. ¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración Local en la Ley 27/2013*, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014.

35. Entorn d'aquest punt, i per a tots, podeu veure el meu treball «Sostenibilidad de la Economía Local: ¿estamos reordenando nuestra Administración y el empleo público para que sean competitivos y estratégicos para el desarrollo», en el volum col·lectiu *Estudios jurídicos sobre economía urbana sostenible*, UIM, 2013, p. 39 i s. També podeu consultar treballs més recents, com ara SOSPEDRA NAVAS, F. J., «El empleo público local: las medidas de ajuste y racionalización derivadas de la crisis económica», *Cuadernos de Derecho Local* (Fundación Democracia y Gobierno Local), núm. 36 (2014); i també JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La política de recursos humanos del sector público en un contexto de contención fiscal: impactos inmediatos, mediatos y a largo plazo (especial referencia al ámbito local): ¿una transformación de la institución del empleo público?», i BOLTAINA BOSCH, X., «La gestión de recursos humanos en una época de crisis: el personal de nuevo ingreso, la interinidad y la temporalidad. Los procesos de funcionarización del personal laboral», ambdós a CASTILLO BLANCO, F. A. (coord.), *La reforma del sector público*, Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014. També resulta de molt d'interès la consulta al blog *La mirada institucional* de Rafael Jiménez Asensio.

36. I és que cal advertir que, fins i tot en aquells processos de reversió al sector públic de serveis prèviament externalitzats, i en el cas que haguessin operat els mecanismes de subrogació en les relacions jurídiques laborals preexistents, les conseqüències de la reversió d'un servei poden ser, de forma immediata, l'increment notori del capítol I del pressupost municipal, el que, en certs supòsits, pot inclusivament ser contrari als plans d'ajust als quals estigui subjecte el mateix ajuntament.

Pla d'ajust de l'Ordre HAP/537/2012 preveuen la prestació directa per personal municipal d'un servei que era dut a terme per una empresa, mitjançant un contracte de concessió (d'obres o de serveis públics) o de serveis (quan el risc de la demanda no es trasllada al contractista, art. 281.1 Text refós de la Llei de contractes del sector públic –en endavant, TRLCSP– i Informe JCCA 12/2010),³⁷ o quan es decideix modificar l'organització municipal, de manera que desapareix alguna entitat instrumental creada per a la gestió d'un servei.³⁸

En qualsevol cas, la meua opinió és que, amb independència dels criteris d'ordre polític o econòmic derivats essencialment de la situació de les hisendes locals, a l'hora d'abordar un procés d'aquesta naturalesa, cal tenir en compte diferents factors que han d'orientar la decisió que finalment s'hagi d'adoptar. En aquest sentit, TORNOS ha sistematitzat els factors que cal tenir presents per prendre una decisió sobre l'externalització o la reinternalització d'un servei públic i n'ha destacat els següents: la diversitat dels serveis, la grandària del municipi, la situació financera de l'ens local, la relació de concessions que hi hagi, els criteris jurídics i el problema del personal.³⁹

Tots aquests factors, des del meu punt de vista, poden ser reconduïts a tres grans àmbits de reflexió, a més dels que es derivarien des de l'òptica de la competència,⁴⁰ abans de la posada en marxa dels mecanismes necessaris per reinternalitzar el servei; a saber:

a) Les característiques concretes del servei públic

Òbviament, i sense entrar en el debat ardu, però no per això menys interessant, sobre quines activitats han de ser considerades serveis públics, han de quedar exclosos d'aquests supòsits les activitats que no poden ser considerades *stricto sensu* serveis públics –com ara la iniciativa econòmica local–, perquè responen a un fonament constitucional diferent i són activitats en què les entitats locals no

37. Quan s'escriuen aquestes línies està en tramitació una nova Llei de contractes del sector públic. Respecte a això, i concloua l'escriptura abans que s'acabi la tramitació, es fa referència a aquesta llei puntualment quan es considera rellevant recollir el que preveu el projecte de llei.

38. En concret, els «Ajustos proposats en el Pla» preveuen les mesures següents que poden afectar els contractes públics:
Mesura 7: Contractes externalitzats que considerant el seu objecte poden ser prestats pel personal municipal actual.
Mesura 15: Reducció en la prestació de serveis de tipus no obligatori.
Mesures que, com es pot deduir, poden suposar el rescat de determinats serveis o la resolució de contractes en vigor. Respecte d'aquestes i les diferents mesures que es poden adoptar, podeu consultar MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «Ejecución de los planes de ajuste y contratación pública», *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 11-12 (juny 2012), i ORTEGA JIMÉNEZ, P., «La repercusión de los planes de ajuste en la organización de las EE.LL.», en el mateix número.

39. TORNOS MAS, J., «La remunicipalización...», *op. cit.*, p. 27 i s.

40. A aquests aspectes es refereixen COOMÉ I NIN, A. i GRAU I ARNAU, S., «Remunicipalización de servicios locales y competencia», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, p. 137 i s. També és recomanable la lectura del treball de SERRANO SANZ, J. M., «El debate sobre la gestión pública o privada del servicio urbano de aguas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69 (2017).

exclouen els particulars del funcionament en el sector de què es tracti ni poden gaudir de cap privilegi per tal de no infringir el principi de lliure competència.⁴¹

En efecte, i ja hi hem fet esment més amunt, cal analitzar la infraestructura i el *modus operandi* de cada servei. No tots els serveis públics són idèntics, ni requereixen la mateixa tecnologia, ni la mateixa inversió financera, ni el mateix nombre de personal. En alguns supòsits, el fet de no disposar de la tecnologia necessària o de no poder afrontar les inversions financeres que es requereixen pot fer aconsellable l'externalització del servei, mentre que en altres casos en què que no es necessitin aquests elements els serveis serien més proclius, en principi, a ser reinternalitzats.

D'altra banda, la decisió que s'adopti no serà la mateixa si estem davant d'un servei externalitzat el contracte que li serveix de base del qual està a punt d'expirar que si ens trobem davant d'un altre el contracte del qual té vigència durant un termini de temps més o menys llarg. Les indemnitzacions a què cal fer front pel rescat de la concessió⁴² poden desaconsellar, en el segon supòsit, l'opció de reinternalitzar el servei de què es tracti.⁴³

Adicionalment, indica TORNOS, cal valorar si no es poden aconseguir els mateixos objectius mitjançant fórmules com ara l'empresa d'economia mixta, que permet conservar els avantatges de mantenir un operador privat sense renunciar a la participació directa de l'ens municipal en la gestió del servei.⁴⁴

41. Respecte d'aquesta distinció i les conseqüències que comporta a aquest efecte, podeu veure el treball d'ORTEGA BERNARDO, J. i SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE, «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9 (2015), p. 72-74, que indiquen que: «Hi ha, per tant, dos tipus d'activitat municipal empresarial que cal distingir perquè cadascuna d'elles té un règim jurídic diferenciat, tant des d'un punt de vista material o substantiu (amb submissió a les regles de defensa de la competència en un cas i en l'altre no) com des d'un punt de vista procedimental. En el cas de la iniciativa econòmica, a més, cal tenir en compte que la decisió municipal, a sotmetre a la tramitació procedimental de l'art. 86.1 LRRL, es troba supeditada a un judici d'idoneïtat i d'eficiència no només pel que fa als propis mitjans de gestió, sinó també pel que fa a l'impacte en l'activitat empresarial privada; doncs, encara que no s'exigeixi respectar el principi de subsidiarietat, sí que s'exigeix ponderar els perjudicis que s'irroguen als empresaris privats».

42. Si es tracta de resoldre un contracte per causes d'interès públic (art. 210 i següents del TRLCSP), cal tenir en compte dues circumstàncies:

1. La justificació de les causes d'interès públic que hi concorren per resoldre el contracte existent i rescatar el servei, així com el procediment que cal seguir, article 224 TRLCSP. Respecte d'això, hem de guiar-nos per les disposicions del TRLCSP en les diferents seccions en què aborda aquesta qüestió segons el tipus de contracte de què es tracti. Sobre la justificació de l'interès públic com a requisit indispensable, indiquem algunes sentències que poden ser d'interès: STS de 5 d'abril de 1999 (Sala Contenciosa Administrativa) i de 13 de maig de 2014 (Sala Social). Ha de quedar clar que, en aquest context, tornar a treure a licitació un servei que ha estat rescusat no troba empara en els tribunals.

2. Cal preveure les indemnitzacions que s'han d'abonar al contractista, i per a això, dins el marc de l'estabilitat pressupostària, l'ens local ha d'adequar la seva actuació als plans de sanejament o d'ajust que tingui aprovats.

En aquest sentit, el càlcul de la indemnització ha de tenir en compte, al costat del que preveu l'article 288.1 TRLCSP, consistent en l'import de les inversions realitzades per raó de l'expropiació de terrenys, execució d'obres de construcció i adquisició de béns que siguin necessaris per a l'explotació de l'obra objecte de la concessió, tenint en compte el grau d'amortització i aplicant-hi un criteri d'amortització lineal de la inversió, el dany emergent i el lucre cessant.

Així mateix, cal consultar l'Informe 49/2010 de 28 d'octubre de la JCCA amb relació a la normativa aplicable per a la valoració d'una concessió administrativa.

43. A aquesta limitació econòmica ha d'unir-se, segons l'opinió fonamentada de GIMENO FELIÚ, J. M., «Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59 (2016), el fet que les previsions contingudes en l'article 44 de la Directiva 2014/23 limitarien la possibilitat de rescatar el servei per motius d'oportunitat.

44. En aquest sentit són de gran interès les reflexions que fa GIMENO FELIÚ, J. M., «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y las condiciones jurídicas desde la óptica del derecho europeo», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43 (2017).

b) Les capacitats institucionals i financeres del municipi

A part de la possible gestió supramunicipal, com apunta TORNOS, cal valorar la capacitat de gestió del servei en forma directa. En municipis petits, amb unes estructures tècnica i de direcció insuficients, pot ser aconsellable mantenir el servei externalitzat. La gestió dels recursos humans, en vista de l'experiència de què disposem, no és una qüestió menor.

Però és que, a més, com hem assenyalat més amunt, si s'han de fer inversions que no es poden cobrir mitjançant aportacions ordinàries i cal endeutar-se, s'han de tenir en compte les limitacions que estableix la legislació sobre estabilitat presupostària i sostenibilitat financera en aquest sentit.⁴⁵

c) Economia política i costos de transacció no econòmics per a l'adopció de la mesura de reinternalització del servei públic

En un context de forta fragmentació política, cal valorar les majories de què es disposa per tirar endavant iniciatives com la que es pretén, les resistències que hi plantegin grups d'interès (empresaris, sindicats, etc.) i, lògicament, la problemàtica jurídica derivada d'un procés d'aquestes característiques.

D'entrada, indica TORNOS amb encert, la decisió no és enterament discrecional, ja que, junt amb la necessitat de motivació sobre quina és la millor decisió possible,⁴⁶ hi ha certs límits als quals ens referirem més endavant, com els que estableix l'article 85 LBRL, que obliguen que la forma de gestió sigui la més eficient des del punt de vista econòmic, i això, necessàriament, ha de traduir-se tant en un estudi del cost econòmic d'una hipotètica gestió directa del servei en termes homogenis respecte del que hi ha en l'actualitat a través de la contracta vigent;⁴⁷ però també

45. Respecte d'aquest punt és de consulta necessària el treball de VILLAR ROJAS, F. J., «Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria...», *op. cit.*, p. 105 i 106.

46. Com ha posat en relleu PONCE SOLÉ, J., «El derecho a una buena Administración: una palanca revolucionaria para lograr el buen funcionamiento de nuestras instituciones», *Gobernanza*, núm. 41 (2017) (<http://www.aigob.org/numero-41-revista-gobernanza/>), el dret a una bona administració posa fi al paradigma dominant tradicional en el dret públic espanyol, que sostenia la indiferència del nucli discrecional per al dret (només ocupat en limitar la discrecionalitat administrativa mitjançant els elements reglats i els principis generals del dret, com el d'interdicció de l'arbitrarietat).

Amb les obligacions de bona administració que es deriven d'aquest dret, ja no hi ha llibertat omnímoda d'elecció entre alternatives indiferents per al dret quan hi ha discrecionalitat per decidir polítiques públiques (reguladores, planificadores, en matèria de subvencions, de contractació, etc.). No hi ha possibilitat de fer «tant se val què, tant se val com» (en paraules del senyor Braibant, conseller d'Estat francès, ja mort). La discrecionalitat no és arbitrarietat i ha de ser bona administració. Les decisions negligents o corruptes no ens poden ser indiferents.

Així mateix, i del mateix autor, podeu consultar el treball «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40 (2016). En aquest punt, també cal fer esment de MONTOYA MARTÍN, E., «Nuevas perspectivas sobre la gestión de los servicios locales: incidencia de la crisis económica y necesidad de racionalización del sector público instrumental», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5 (2011), p. 173-178.

47. En realitat, i com ha posat de manifest MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «La remunicipalización de servicios», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9/2017, de 15 de maig, cal precisar amb exactitud el cost del servei mitjançant el mesurament de dades econòmiques d'ingressos i despeses, l'estructura financera del servei i la seva forma de finançament, i determinar la sostenibilitat finan-

cal analitzar la fiscalitat directa i indirecta a la qual quedaria sotmesa eventualment la prestació del servei de què es tracti, quan el procés de reinternalització es faci com és freqüent en una societat mercantil íntegrament municipal.

Finalment, d'altra banda, no és intrascendent tenir en compte la problemàtica que pot plantejar el personal dels serveis que es pretenen reinternalitzar. I és que, efectivament, tant si el personal s'integra en l'Administració o no com la modalitat en què ho fan, sense oblidar la normativa convencional que els és aplicable, són punts que cal valorar molt detingudament en el moment d'adoptar les decisions sobre si es manté o no el servei externalitzat. Com veurem, en tots aquests punts hi ha dificultats rellevants i jurisprudència contradictòria.⁴⁸

Algunes decisions que s'han adoptat sobre la forma de gestió del servei, en funció de l'estabilitat en l'ocupació o la millora de les condicions laborals dels treballadors que presten els serveis en el servei que es vol reinternalitzar, han estat titlades de desviació de poder.⁴⁹

cera de la proposta en els termes que precisa l'article 4 de la LOEPSF. L'autor referit afegeix que l'eficiència ha de traduir-se en un càlcul que ha de tenir en compte altres variables en relació amb els objectius que es pretenen assolir i els elements més rellevants de la gestió del servei, i la valoració d'aquests no és una qüestió estrictament matemàtica. A més, en el nostre ordenament jurídic ha tres models legals per calcular els costos dels serveis que no donen els mateixos resultats:

— Cost efectiu: que preveu l'article 116 ter LBRL, i desenvolupat per l'Ordre HAP / 2075/2013, de 6 de novembre. Estableix els criteris de càlcul del cost efectiu: els elements que es tenen en compte són diferents segons els models de gestió i no té en compte tots els costos indirectes.

— Comptabilitat analítica, obligatòria per al Compte General de 2017 de les entitats locals de més de 50.000 habitants i supramunicipals (art. 211 TRLRHL, les regles 13 i 48 de l'Ordre HAP / 1781/2013, de 20 de setembre). Pot ser el sistema ajustat i realista dels costos dels serveis, ja que té en compte els costos directes i indirectes de manera precisa.

— Informe econòmic financer previ a l'establiment de taxes i preus públics. Els articles 24.2, 25 i 44 TRLRHL exigeixen que es tinguin en compte els costos reals directes i indirectes i, a més, previsions necessàries per al manteniment del servei.

Una reflexió de gran interès sobre els costos podeu trobar-la a ARBÚES GARCÍA, F., «Los procesos de transición en la remunicipalización del servicio urbano de agua», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69 (2017).

48. N'hi ha prou amb fer esment aquí de l'esclaridor treball de MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 49 (2017), p. 79 i s.

49. GIMENO FELIÚ, J. M., «La remunicipalización de servicios públicos locales...», *op. cit.*, p. 39.

3. La tramitació administrativa: l'expedient de reinternalització

3.1. La situació amb anterioritat a les reformes fetes el 2013

Hem de portar a col·lació, per la rellevància que té en aquesta qüestió, l'absència al nostre ordenament d'una definició uniforme i acceptada d'una manera general del concepte de servei públic. Certament, l'abast i l'extensió d'aquest concepte s'ha vist notablement ampliat des de fa dècades, com a conseqüència d'una legislació que no ha estat prou curosa, fins al punt que ha que el Tribunal Suprem ha arribat a definir els serveis públics locals, d'una manera al nostre parer inadequada, com aquells que les entitats locals declariïn com a tals. Si acceptem de forma acrítica aquesta idea, pràcticament qualsevol activitat de prestació que duguin a terme els ens locals es podria reconduir a aquest concepte, tant si es tracta de les que, amb caràcter tradicional, ha desenvolupat aquest nivell territorial, com d'aquelles altres que poguéssin iniciar en exercici de la iniciativa econòmica local que, com sabem, troba suport constitucional en l'article 128 CE.

Però la veritat és que les coses són notòriament més complexes, i la conclusió, per simplista, no pot ser que totes les activitats que porten a terme les entitats locals són d'igual condició. Són diferents i, en alguns casos, troben ancoratges constitucionals de naturaleses molt diferents. Per dir-ho d'una vegada, no és el mateix tramitar un expedient de protecció de la legalitat urbanística de prestar el servei d'abastament domiciliari d'aigua potable que fer activitats relatives a la promoció i la construcció d'habitatges. Totes aquestes activitats les poden dur a terme les entitats locals, però cal fixar-se que els tres tipus que hem esmentat més amunt difereixen substancialment quant a la seva naturalesa. En un, la protecció de la legalitat urbanística, s'exerceixen potestats administratives, amb exercici d'autoritat i, per tant, reservades al poder públic, que mai no poden ser prestades per tercers,⁵⁰

50. Cal aclarir que la supressió del punt tercer de l'article 86 LBRL –després de les reformes que s'hi van fer el 2013–, que exclouia la prestació de serveis que impliquin l'exercici d'autoritat per entitats mercantils o en forma de gestió indirecta, no afecta gens aquesta conclusió. I és que l'eliminació d'aquest paràgraf no implica que aquesta prohibició continuï plenament vigent, en virtut de la remis-

mentre que en els altres dos supòsits recullen la realització de prestacions als ciutadans que, en principi, sí que les pot dur a terme la iniciativa privada. Però fins i tot en aquests darrers casos, que tenen contingut econòmic, es fa de maneres diferents: l'abastament domiciliari d'aigua potable el fa l'ens local de manera exclusiva i reservada, tant si es fa mitjançant fórmules directes com indirectes de gestió del servei, ja que hi ha la reserva i titularitat del servei, la qual cosa exclou qualsevol altre potencial prestador del servei; per contra, la promoció d'habitatge públic es fa en el mercat, juntament amb altres potencials prestadors de serveis similars de caràcter privat, i això, *a contrario sensu*, sense excloure tercers de la prestació d'aquests serveis.⁵¹

Tal com ha indicat DEL GUAYO, hi ha dues grans modalitats que pot revestir l'activitat pública econòmica: una en àmbits no publicats, en què el sector públic ha de concórrer com un agent més del mercat de què es tracti (sempre que això sigui veritablement possible); i una altra relativa a la intervenció en àmbits reservats a favor del sector públic (serveis públics).⁵²

A diferència de la legislació local espanyola, que, tal com hem dit, és una mica confusa, en aquest punt, no és sobrer que posem en relleu que aquest equívoc no prové de la normativa comunitària. En efecte, en l'àmbit comunitari es distingeix clarament, entre serveis d'interès general de caràcter no econòmic (exclusos del mercat i de la concurrència amb l'activitat de tercers) i serveis d'interès general de caràcter econòmic, que estan subjectes a exercir en concurrència amb l'activitat de tercers en un mercat lliure, llevat que el sector públic en faci una reserva (art. 128.2 CE i art. 86.2 LBRL).⁵³

sió de la LBRL, en matèria de gestió indirecta, al TRLCSP, l'article 275.1 del qual estableix que: «En cap cas es poden prestar per gestió indirecta els serveis que impliquin exercici de l'autoritat inherent als poders públics».

51. Com han posat en relleu ORTEGA BERNARDO, J. i SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE, «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos», *op. cit.*, això és determinant respecte de les limitacions que en aquest sentit ofereix el dret de la competència, ja que, si en les activitats considerades com a servei públic o competència pròpia és possible, en principi, entendre aplicable l'excepció de l'article 4 LDC (Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència), que permet introduir restriccions a la lliure competència per part de les administracions públiques sempre que es trobin emparades en la llei, no és igual en aquelles en què s'exerceix la iniciativa pública en matèria econòmica. I afegeix que quan es tracta d'establir preus inferiors als que ofereix el mercat, que és una restricció de la competència de certa rellevància perquè pot suposar un perjudici per a les empreses privades que operen i presten aquest mateix servei en el mercat, aquests preus no es consideren predatoris (com exigiria el dret de la competència) perquè ho autoritza expressament, a més del citat article 4 LDC, l'article 44.2 LHL. La literalitat de l'article 44.2 LHL permet que els preus públics que s'han de satisfer com a contraprestació a l'ús dels serveis públics siguin inferiors als costos quan «hi hagi raons socials, benèfiques, culturals o d'interès públic que així ho aconsellin». Podeu veure, també, el treball de COOMÉ I NIN, A. i GRAU I ARNAU, S., «Remunicipalización de servicios locales y competencia», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43.

52. GUAYO CASTIELLA, I. DEL, «Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la Ley n.º 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, núm. 2 (nova època) (2014). I aquest autor afegeix que les versions originals de la LBRL de 1985 i del TRRL de 1986 conforment amb freqüència ambdós àmbits d'actuació dels ens locals. Les reformes successives no només no van aclarir-ne el panorama, sinó que sovint el van enfosquir encara més. I molt em temo que continua així després de la reforma feta per la LRSAL.

53. En efecte, l'article 128.2 CE estableix que es reconeix la iniciativa pública en l'activitat econòmica. I afegeix que, no obstant això, mitjançant llei es podrà reservar al sector públic recursos o serveis essencials, especialment en cas de monopoli, i podrà acordar la intervenció d'empreses quan ho exigeixi l'interès general. El concepte de servei essencial el trobem en una primera sentència del Tribunal Constitucional STC 26/1981, de 17 de juliol de 1981, en la qual aquest raonava que: «No es tracta, per tant, de serveis que siguin indispensables per a la supervivència individual

La diferenciació entre aquests dos tipus d'actuació és summament rellevant. En efecte, com a derivació que es tracti d'un supòsit o d'un altre seria necessària o no la tramitació de l'expedient a què es refereixen els articles 86.1 LBRL i 97 del Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, aprovat pel Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril (en endavant, TRRL), per escometre la implantació d'un servei o una activitat en concret.

En general, les discrepàncies per admetre aquesta tramitació administrativa o no admetre-la se centraven en el caràcter reservat o no reservat del servei, si bé és cert que, com han posat en relleu ORTEGA i DE SANDE, la diferència rau més aviat en el fet que l'activitat s'exerceixi en règim de concurrència o no.⁵⁴ El criteri de distinció rellevant ja no es, per tant, el que distingeix entre serveis públics reservats i no reservats. La diferenciació fonamental es troba a distingir entre els serveis públics econòmics que es presten en concurrència però no necessàriament en competència amb la iniciativa empresarial privada i les activitats econòmiques locals que es presten en concurrència i amb plena submissió a les regles de la competència.

En la nostra opinió, la normativa vigent en aquell moment establia una diferència pel que fa a la tramitació necessària per a la posada en marxa de nous serveis, que només requeria l'acord del ple de la corporació per a la prestació dels serveis que hem anomenat d'interès general de naturalesa no econòmica, davant de l'exigència d'un expedient justificatiu complet d'aquesta opció, com preveuen els articles esmentats més amunt, en el cas que es promogués l'inici d'una activitat econòmica o mercantil.

Per a l'exercici d'activitats econòmiques, sembla que no hi ha dubte entorn de la necessitat de justificar que la decisió adoptada era la més encertada de les decisions possibles i, també, que no perjudicava la iniciativa econòmica privada sense cap justificació. Per a això calia la tramitació d'aquest expedient, per tal de posar en relleu aquests extrems. Més discutible resultava, però, la necessitat de tramitar aquest expedient en els altres dos supòsits –resulta evident i obvi que no cal quan es tracti de l'exercici de potestats administratives–, i més específicament

dels ciutadans, sinó que es fan indispensables per al funcionament de la societat, amb els trets i les característiques propis de les circumstàncies tecnològiques de la nostra època. Ara bé, que un servei sigui essencial no vol dir que aquest servei hagi d'estar reservat a l'Estat. La decisió de si es reserva o no és una decisió que la nostra Constitució ha deixat oberta en funció del que s'entengui que és més convenient en tot cas per a la gestió, el desenvolupament i la implantació del servei de què es tracti. En un Estat social i democràtic de dret determinades activitats poden ser satisfetes perfectament per la iniciativa privada, sotmesa a una forta reglamentació».

54. ORTEGA BERNARDO, J. i SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE, «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos», *op. cit.*, per als quals: «El criteri de distinció rellevant ja no és, per tant, el que distingeix entre serveis públics reservats i no reservats. La diferenciació fonamental es troba a distingir entre serveis públics econòmics que es presten en concurrència però no necessàriament en competència amb la iniciativa empresarial privada i les activitats econòmiques locals que es presten en concurrència i amb plena submissió a les regles de la competència. El que està en joc des de fa ja temps en l'àmbit de les activitats amb incidència econòmica dels governs i les administracions locals és l'aplicació o no del dret de la competència, l'aplicació en aquest àmbit dels articles 101 i 102 TFUE, en cas que afecti els intercanvis entre estats membres, i de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència, en cas d'efectes merament estatals i/o autonòmics».

en el cas dels serveis públics de titularitat local que fan prestacions a particulars amb exclusió de tercers.

La veritat és que no ha hi ha hagut unanimitat en aquest punt.⁵⁵ Així doncs, una part de la doctrina que havia estudiat la qüestió,⁵⁶ que es veia ratificada per algunes resolucions judicials, havia arribat a equiparar la forma mercantil de prestació del servei amb el caràcter del servei mateix, entenent que, en qualsevol supòsit d'utilització d'una forma mercantil per a la prestació de serveis s'ha de dur a terme la tramitació administrativa esmentada.

En aquest punt, és clàssic citar la sentència del Tribunal Suprem d'1 de febrer de 2002, precedida de la STS de 21 de desembre de 2000, que va declarar nul l'acord de creació d'una societat mercantil destinada a prestar el servei de recollida d'escombraries perquè no disposava de la tramitació prèvia d'un expedient de municipalització de l'activitat que havia de prestar. Si bé és cert que la resolució jurisdiccional no va ser aïllada i, en la mateixa direcció, la STS de 3 de desembre de 2004 va seguir la doctrina establerta. Seguint el mateix rumb, també es pot veure la jurisprudència d'alguns pronunciaments de tribunals superiors de justícia, com, per exemple, la STSJ País Basc de 26 de desembre de 2003, que declara de manera expressa que «sempre que l'Ajuntament promogui una activitat econòmica, encara que caigui dins de l'òrbita de les comeses que per a ell revesteixen condició de servei, s'ha de formar l'expedient acreditatiu de la seva oportunitat, i aquest expedient resulta complementat, i es desenvolupa, en l'article 97 del TRRL». Altres decisions judicials posteriors també han seguit aquesta interpretació, com ara la STSJ de Castella i Lleó de 28 de desembre de 2012 (Rec. 1435/2010), que assumeix aquesta interpretació, que es podria qualificar de «formalista», de la naturalesa mercantil dels serveis prestats mitjançant societat mercantil de responsabilitat limitada, i que recull literalment una bona part de la seva fonamentació.⁵⁷ Igualment, el TSJ d'Astúries, en la sentència 90199/2014, de 27

55. MONTOYA MARTÍN, E., «Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización sostenibilidad de la Administración Local», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36 (2014).

56. A aquest efecte, podeu veure: BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Administración local*, Granada: Comares, 1992, p. 400; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J., *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Navarra: Civitas - Ayuntamiento de Gijón, 1995, p. 57; MONTOYA MARTÍN, E., «Las fórmulas de gestión de los servicios públicos locales: los entes instrumentales», a *Congreso europeo sobre descentralización y administración territorial y administración local* (2009), p. 250; BALLINA DÍAZ, D., *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal entre el Derecho público y el Derecho privado*, Madrid: INAP, 2015.

En sentit contrari, RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, Civitas, 6a ed., 2010, p. 432; DÍAZ LEMA, J. M., *Los monopolios locales*, Montecorvo, 1994, p. 105; QUINTANA LÓPEZ, T., *Las mancomunidades en nuestro derecho local*, Madrid: INAP, 1994, p. 54.

57. És cert, com han posat en relleu ORTEGA i DE SANDE en el treball citat, que aquestes declaracions jurisdiccionals es van fer en un context determinat i que avui, en gran manera, ja no tenen el sentit que al seu dia les van motivar. Aquests autors exposen que: «La raó per la qual es va exigir aquest procediment en aquest pronunciament de 2002 era per evitar la fugida del dret administratiu quan l'Administració, en aquest cas la municipal, utilitzava personificacions juridicoprivades. Però això ja no té sentit. La fugida del dret administratiu consistia llavors fonamentalment a no aplicar les disposicions de la contractació administrativa aplicables en aquelles dates exclusivament a les administracions públiques. Però el canvi de paradigma que en aquest punt ha suposat el dret europeu de la contractació pública impedeix aquesta inaplicació. La legislació de contractes ja no només és

d'octubre, anul·la l'acord de gestió indirecta del servei de promoció i reinserció social per prestar a la llar del pensionista de Ribadesella, perquè no seguia el procediment de l'article 97 TRRL i pel qual l'Ajuntament al·legava, en la seva defensa, que no calia seguir l'expedient de municipalització de l'article 97 TRRL perquè es tractava d'un servei públic no econòmic. No obstant això, el tribunal entén que sí que havia d'haver tramitat l'expedient de municipalització per garantir la conveniència i l'oportunitat de la mesura.

No és aquesta la meua opinió. Quan ens trobem davant d'un servei públic reservat al sector públic, valgui la redundància, l'expedient de referència no hi afegeix res.⁵⁸ Així ho han entès altres òrgans judicials quan han conegut d'affers similars, com són els casos de la STSJ de la Comunitat Valenciana de 15 de desembre de 2000, que considera que no és necessària la tramitació d'un expedient d'aquesta naturalesa en la proposta de prestació d'un servei de recollida de residus, precisament perquè és una prestació obligatòria; i, en un altre supòsit, la STSJ de Canàries de 9 de desembre de 2004, que arriba a la mateixa conclusió que en el supòsit anterior, però en aquest cas es referia a la prestació del servei d'abastament domiciliari d'aigua potable.

Encara més: la normativa elaborada per les comunitats autònomes, que ha desenvolupant progressivament la regulació sobre règim local, ha ratificat aquesta interpretació en reglamentar els procediments de constitució de societats mercantils per a la prestació de serveis i activitats econòmiques remarcant la diferència al·ludida més amunt i diferenciant, en aquest sentit, entre serveis públics locals i exercici d'activitats econòmiques.⁵⁹

aplicable a les administracions públiques, sinó al sector públic, d'acord amb les exigències de les directives comunitàries en matèria de contractació».

58. Des del meu punt de vista, i en aquest sentit coincideixo amb BALLESTEROS FERNÁNDEZ, aquest expedient de conveniència i oportunitat hauria de tramitar-se en els casos següents:

- Exercici de la iniciativa pública en activitats econòmiques.
- Reserva efectiva en règim de monopoli dels serveis reservats de l'article 86.2 *in fine*.
- Assumpció de la gestió directa de serveis públics de contingut econòmic.

I no seria necessari per a aquests altres casos:

- L'establiment de la gestió directa de serveis que no tinguin caràcter econòmic, mercantil o industrial.
- La prestació dels serveis que no tinguin caràcter econòmic, industrial o mercantil.
- Els serveis mínims o obligatoris de l'article 26 LBRL (s'entén que exercits sense monopoli).

Per a aquests darrers casos, n'hi hauria prou amb l'acord d'establiment pel ple de la corporació (art. 42 RS), determinant-ne la forma de gestió (22.2.f LBRL) sense necessitat de l'expedient «acreditatiu de la conveniència i oportunitat de la mesura».

59. A tall d'exemple, en el cas concret d'Andalusia, la Llei 5/2010, d'11 de juny, d'autonomia local d'Andalusia, s'encarrega de regular els serveis locals i les formes de prestació, d'una banda i, de l'altra, les activitats econòmiques. Aquesta diferenciació es reflecteix en la denominació adoptada per qualificar la societat local que es crea en tots dos escenaris. Així doncs, en el cas dels serveis locals que són competència de l'ens local (i per això reservats), l'article 38 de la llei estableix que els pot prestar directament l'anomenada *societat mercantil local*, l'activitat de la qual es pot iniciar a partir de l'aprovació de l'ordenança reguladora de la prestació i, en relació amb la mateixa entitat mercantil, a partir de l'aprovació per part del ple i de la publicació dels seus estatuts. Per contra, en el cas del que s'anomenen activitats econòmiques (no reservades), la prestació mitjançant entitat mercantil, segons l'article 46 de la llei, rep la denominació d'*empresa pública local*, i queda establerta com la forma preferent de prestació d'aquest tipus d'activitats (en bona lògica, atès el caràcter mercantil o industrial de les activitats).

Pel que fa a les fórmules de prestació de serveis públics en l'ordenament jurídic andalús, cal ressenyar el treball de MONTROYA MARTÍN, E., «Los servicios y la iniciativa económica local», a RIVERO YSERN, J. L. (dir.), *Derecho Local de Andalucía*, Editorial Iustel, 2012.

3.2. La Llei de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local i la seva incidència en la tramitació procedimental per posar en marxa nous serveis o activitats dels ens locals⁶⁰

La nova redacció de l'article 85.2, d'acord amb la LRSAL –i l'esperit que inspira aquesta llei de racionalitzar i fer més eficient la prestació de serveis públics–, introdueix el paràgraf següent:

Només es pot fer ús de les formes que preveuen les lletres c) i d) [entitat pública empresarial i societat mercantil local] quan quedi acreditat mitjançant memòria justificativa elaborada a aquest efecte que són més sostenibles i eficients que les formes que disposen les lletres a) i b), per a la qual cosa s'han de tenir en compte els criteris de rendibilitat econòmica i recuperació de la inversió. A més, a l'expedient hi ha de constar la memòria justificativa de l'assessorament rebut que s'ha d'elevat al ple per a la seva aprovació, on s'han d'incloure els informes sobre el cost del servei, així com el suport tècnic rebut, que s'han de publicar. A aquests efectes, s'ha d'obtenir l'informe de l'interventor local, el qual ha de valorar la sostenibilitat financera de les propostes plantejades, de conformitat amb el que preveu l'article 4 de la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera.

Com ha posat en relleu MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, aquesta exigència d'eficiència no és exclusiva de la normativa local, de manera que la normativa contractual no és aliena a la demanda d'eficiència i sostenibilitat en la gestió dels recursos públics. Aquest autor argumenta que són principis bàsics de les directives de 2014 (eficiència en la despesa pública i desenvolupament sostenible). És cert que el TRLCSP consagra l'eficiència com a principi essencial de la contractació pública ja en l'article 1. Per la seva banda, la Directiva 2014/2023, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, deixa clar que cada autoritat nacional, regional o local té llibertat d'elecció de la forma de prestar els serveis, però que ha de garantir, en tot cas, un nivell alt de qualitat, seguretat i accessibilitat econòmica, la igualtat de tracte i la promoció de l'accés universal i dels drets dels usuaris en els serveis públics (art. 2 i 4, atesos 5, 6 i 7), però sempre garantint la utilització més eficient possible dels fons públics (atès 3).⁶¹

Però, tornant a la legislació local, la lectura d'aquest paràgraf, juntament amb la prioritització de fórmules juridicoadministratives en la gestió dels serveis

60. La LRSAL inclou algunes reformes importants en matèria de serveis públics locals:

- a) Modifica la llista de serveis mínims municipals de l'article 26 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LBRL).
- b) Dona entrada a les diputacions en la gestió d'aquests serveis mínims.
- c) Introdueix modificacions en les formes de gestió dels serveis públics en els articles 85 i 85 ter LBRL.
- d) Modifica el precepte relatiu a les reserves locals (art. 86 LBRL).
- e) Modifica l'apartat segon de l'article 97 del Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, aprovat pel Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril (TRRL).
- f) Tracta de redimensionar, reduint-lo, el sector públic local.

61. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «La remunicipalización de servicios», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9/2017 (15 de maig).

públics,⁶² introdueix una exigència de tramitació administrativa que, en aquests termes, era inexistent fins al moment en el cas que s'optés per crear una entitat mercantil. Sense perjudici que no hi hagi confusió, com hem mantingut, entre la prestació de serveis locals en forma directa a través d'entitats públiques empresarials o societats mercantils i l'exercici d'activitats econòmiques, la veritat és que, des del punt de vista de l'eficiència econòmica, tots dos supòsits s'assimilen, cosa que pot deduir-se d'expressions com ara «rendibilitat econòmica» o «recuperació de la inversió».

És cert que aquesta assimilació no és plena, ja que l'article 86 LBRL, quan es refereix a l'exercici d'activitats econòmiques, estableix, d'una manera idèntica a la del supòsit anterior, que cal justificar que la iniciativa no genera risc per a la sostenibilitat financera del conjunt de la hisenda municipal, però afegeix, lògicament, ja que es tracta d'una activitat en concurrència amb la iniciativa privada, que ha de contenir una anàlisi del mercat relativa a l'oferta i a la demanda existent, a la rendibilitat i als possibles efectes de l'activitat local sobre la concurrència empresarial.

Igualment, la nova redacció de l'article 85.2 LBRL hi afegeix certes exigències de caire procedimental que, es vulgui o no, reforcen aspectes notables d'aquesta assimilació en els supòsits de creació d'una entitat mercantil de caràcter públic,⁶³ que són: memòria justificativa de l'assessorament rebut que s'ha d'elevat al ple per a la seva aprovació, i en la qual cal incloure els informes sobre el cost del servei, així com el suport tècnic rebut; publicitat de la iniciativa i, finalment, informe de l'interventor local, que ha de valorar la sostenibilitat financera de les propostes plantejades d'acord amb el que preveu la normativa d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera.⁶⁴ Això obliga, doncs, a una aprovació inicial i una altra de de-

62. La veritat és que estem davant d'un problema d'excessos (ús i abús) –i el precepte respon a aquesta ràtio– amb les formes privades o subjectes a dret privat. Ara bé, a partir del concepte de potestat organitzativa com a poder públic que condiona la creació, la modificació o la supressió d'estructures, òrgans o ens personificats (incloent-hi l'elecció de la forma), el precepte ha plantejat dubtes en la doctrina que, fins al moment, el Tribunal Constitucional ha salvat quant a fer innecessària la llei orgànica per a aquesta operació (Tribunal Constitucional. Ple, sentència 111/2016 de 9 juny, RTC 2016\111), si bé és cert que el conflicte en defensa de l'autonomia local encara no s'ha resolt.

I és que l'autonomia local s'ha associat, d'una manera natural, a un reconeixement de capacitat d'autoorganització. Una de les essències de l'autonomia rau precisament en la disposició d'un marge d'elecció dels dissenys organitzatius propis, de manera que, com diem, el precepte ha plantejat alguns dubtes de constitucionalitat. Però la limitació pel que fa a l'elecció de les formes podria suposar una extralimitació contrària al principi d'autonomia local.

63. Efectivament, com ha destacat MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «La remunicipalització de serveis», *El Consultor de los Ayuntamientos* núm. 9/2017 (15 de maig), hi ha diverses possibilitats pel que fa a la tramitació basades en els resultats que doni l'estudi que es faci.

1. Acord d'inici de l'expedient dels articles 86 LBRL i 97 TRRL: nomenament de la comissió d'estudi tecnicopolítica i redacció d'una memòria que analitzi les diferents formes de gestió, amb el contingut que assenyalen els articles 58 a 62 RSCL.

2. Si de l'estudi s'extrau que la millor opció és la gestió directa sense personificació o per mitjà d'organisme autònom: acord plenari de creació del servei municipal i tràmits per dotar-lo de recursos humans i materials, o per crear l'organisme autònom.

3. Si de l'estudi es conclou que la millor opció és la gestió directa mitjançant societat de capital íntegrament municipal o una entitat pública empresarial: es fa pública la memòria i l'assessorament rebut i s'inicien els tràmits per constituir la societat o entitat pública.

4. Si de l'estudi s'extrau que la millor opció és la gestió indirecta o mixta: exposició pública de la memòria i inici de l'expedient de contractació de la forma de gestió indirecta o mixta. Ha de sotmetre En tot cas, l'estudi de viabilitat que exigeix l'article 132 TRLCSP s'ha de sotmetre a l'informe d'avaluació de l'Oficina Nacional d'Avaluació de Concessions (DA 36.a TRLCSP, introduït per la DF 9.a), i, si escau, del Comitè Superior de Preus de Contractes de l'Estat per valorar la fórmula de revisió de preus del contracte (art. 9.7 RD 55/2017, de 3 de febrer).

64. Aquest element, la sostenibilitat financera, resulta clau per a GARCÍA RUBIO, F., «Pros y contras jurídico-administrativos de la reinternalización», a FONT I LLOVET, T. I. DIEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo*

finitiva, posterior a la publicitat, en la qual ha de quedar justificat el compliment dels requisits exposats, juntament amb l'explicació de la forma de gestió del servei, que ha de fer referència, d'una manera tan completa com sigui possible, als arguments en funció dels quals es rebutgen altres possibles maneres de gestió.⁶⁵

En qualsevol cas, i després de la modificació d'aquests preceptes, sembla que no planteja dubtes el fet que la prestació d'un servei mitjançant una forma mercantil requereix la tramitació d'un expedient preceptiu en el cas dels serveis que es vulguin reinternalitzar, i no el simple acord, però, tal com han indicat amb encert ORTEGA i DE SANDE, no de l'expedient que preveuen els articles 86 LBRL i 97 TRRL,⁶⁶ sinó del que preveu l'article 85.2 LBRL, que, després de ser modificat, obliga a fer la tramitació esmentada, la qual cosa, com es pot apreciar, té la conseqüència directa que, pel que fa a la tramitació administrativa que cal seguir, ja no es hi ha diferències radicals entre un supòsit i l'altre.

3.3. Limitacions jurídiques en l'adopció de la decisió de reinternalització del servei

Un cop referides, amb anterioritat, les exigències procedimentals que la tramitació d'un expedient de reinternalització implica, així com els seus requisits, cal abordar ara les limitacions específiques que l'ordenament jurídicoadministratiu planteja en aquest sentit, més enllà del que estableixen aquests preceptes.

3.3.1. Les limitacions que la LBRL estableix a la reinternalització de serveis públics pel que fa a la lliure elecció de la forma de prestació dels serveis públics: article 85 i disposició adicional novena LBRL

Si, com és notori, l'elecció administrativa d'una fórmula directa o indirecta per gestionar un servei públic té unes conseqüències jurídiques importants, en prin-

de gestión, Madrid: Iustel - Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, p. 173 i s., que expressa que: «Així els estalvis, o no, d'una fórmula de gestió directa davant d'una d'homònima de gestió indirecta, no poden ser circumstancials sinó permanents».

65. Podeu veure, en aquest punt i pel que fa a la tramitació, les encertades reflexions de FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., «Privatizaciones y remunicipalizaciones...», *op. cit.*, p. 62 i s.

66. Segons l'opinió d'aquests autors, en el treball esmentat: «En definitiva, el procediment previst per a la reinternalització és el procediment de l'article 85.2 LBRL, i no el de l'article 86.1 LBRL. En aquest sentit, convé subratllar que, tot i que les regles aplicables a un cas i a l'altre exigeixen que es tinguin en compte pautes de racionalitat econòmica, la gran diferència és que, en el primer cas (art. 85.2 LBRL), l'examen de l'eficiència es projecta sobre els recursos econòmics i materials públics mateixos, mentre que, en l'altre (art. 86.1 LBRL), l'encert de la decisió s'ha de justificar econòmicament prenent en consideració l'impacte que tingui sobre la iniciativa empresarial privada, ja que l'activitat pública que es vol emprendre s'ha de desenvolupar en competència amb ella. Això no significa que si hi ha empresaris privats que ofereixen els seus serveis en un sector econòmic, l'Administració no hi pugui entrar (cosa que equivaldria a afirmar que hi ha una clàusula de subsidiarietat que regeix en relació amb l'activitat empresarial de l'Administració). No s'ha d'entendre d'aquesta manera. Cal interpretar que a l'hora d'emprendre una aventura empresarial, l'Administració no pot desconèixer els riscos que, si és el cas, genera per al sector privat, i que és una qüestió que ha de valorar quan examini les raons que la condueixen a introduir-se en aquest mercat».

cipi el nostre ordenament jurídic articula un espai de discrecionalitat ampli –abans més que ara– que permet a l'Administració titular d'un servei públic triar lliurement la fórmula de gestió que consideri més convenient o oportuna. Encara que, lògicament i com ja hem dit, això té unes conseqüències determinades.

La gestió directa, en els supòsits en què s'utilitzen formes instrumentals de gestió dotades de personalitat jurídica, es fa mitjançant un instrument, l'anomenat encàrrec de gestió, pel qual l'Administració territorial matriu encarrega o encomana a l'Administració institucional filial la prestació del servei, i aquest negoci jurídic en principi queda exclòs de la legislació de contractes del sector públic, ja que ens trobem en presència d'una relació interna (anomenada *in house* en l'àmbit comunitari), que porta causa de la potestat organitzativa de l'Administració.

En aquests supòsits no hi ha un contracte entre dues parts, en sentit estricte, sinó un mandat a un mitjà propi de l'Administració titular del servei que per això queda exclòs de la legislació contractual (segons resulta dels apartats *c*) i *d*) de l'art. 4.1 TRLCSP). Com s'ha dit amb encert, quan per gestionar el servei es crea una societat mercantil, l'Administració *pública no està preparant la celebració d'un contracte bilateral, sinó que s'està organitzant internament*. Així doncs, el conveni que formalitza l'encàrrec no està subjecte a les directives comunitàries sobre contractació pública i, d'aquesta manera, es pot fer l'adjudicació directa a l'entitat instrumental.⁶⁷ És cert que, en aquests supòsits, cal tenir en compte els límits que el dret comunitari estableix respecte d'aquest punt.⁶⁸

A diferència de l'anterior, la gestió indirecta s'instrumenta a través d'algun tipus de contracte administratiu de gestió de servei públic que preveu la legislació contractual i, per tant, està subjecte als principis de publicitat, concurrència, igualtat i no-discriminació, ja que ens trobem en el marc d'una relació de con-

67. Aquest concepte, i les seves conseqüències, ha estat contrastat per diferents resolucions jurisdiccionals del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Certament, la seva jurisprudència ha evolucionat notablement, de manera que d'una actitud permissiva en els seus primers pronunciaments, ja que s'acceptava sense més debat l'exclusió de l'aplicació de les directives de contractació pública als negocis o encàrrecs realitzats entre l'Administració i les seves societats, ha passat a la postura actual, en què la condició de mitjà propi d'una entitat que permet defugir les regles generals de concurrència pública i transparent ha quedat subjecta a uns condicionants específics des de la sentència Teckal, de 18 de novembre de 1999 (podeu veure les més recents sentències del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees d'11 de gener de 2005, afer C-26/03, sobre el Stadt Halle, o de 8 de maig de 2014 dictada en l'afer C-15/13).

En l'actualitat, la Directiva 2014/24/UE sobre contractació pública preveu, entre altres punts, exigir el compliment del que s'anomena requisits Teckal, però positivitzats, perquè la jurisprudència comunitària ho havia establert així, com un requisit independent dels anteriors, l'exigència que «no hi hagi participació directa de capital privat en la persona jurídica controlada», criteri que s'exceptua immediatament quan es compleixen de manera conjunta dos requisits: a) que les formes de participació de capital privat sense capacitat de control majoritari ni minoritari siguin les que imposen les disposicions legals nacionals, de conformitat amb els tractats; i b) que no exerceixin una influència decisiva sobre la persona jurídica controlada. D'aquesta manera es relaxa la doctrina jurisprudencial en la matèria, que era categòrica en afirmar que la participació privada en un ens públic, per mínima que fos, trencava la cooperació pública, per la qual cosa el contracte havia de ser objecte de licitació.

Cal complir tots els requisits establerts i, a més, s'especifiquen alguns aspectes: principalment, que l'ens instrumental faci el 80% de les seves activitats per al poder adjudicador (apartat 1). La directiva explica com s'ha de calcular aquest 80% (apartat 5).

L'article 86.2 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic estatal, estableix nous requisits per a la utilització de mitjans propis, si bé només és aplicable als serveis públics de titularitat estatal.

68. En efecte, un acord recent del Tribunal de Contractes Públics d'Aragó qüestiona que la comanda de gestió d'un servei a un consorci del qual forma part l'Ajuntament d'Osca sigui un supòsit admissible. Així doncs, l'Acord 75/2017, de 4 de juliol de 2017, del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó, referit a l'Ajuntament d'Osca, que va aprovar la comanda de gestió del servei de neteja viària del municipi d'Osca al Consorci per a la Gestió de Residus Sòlids Urbans de l'Agrupació núm. 1 d'Osca, mitjançant el seu mitjà propi, l'empresa pública GRHUSA (participada íntegrament pel consorci), mitjançant conveni, rebutja aquest conveni.

tingut econòmic aliena a l'estructura organitzativa i burocràtica de l'Administració titular del servei.

Però, tornant a l'àmbit discrecional en què es desenvolupa aquesta decisió, si, com hem dit, en principi hi ha llibertat per triar la modalitat de prestació del servei, no és una llibertat enterament discrecional. D'una banda, els requisits a què hem fet esment limiten la discrecionalitat perquè introdueixen elements reglats procedimentals i privilegien les modalitats que actuen en forma prevalent subjectes al dret administratiu,⁶⁹ però, d'una altra, la reforma que va introduir la LRSAL el 2013 va modificar el contingut de la disposició addicional novena LBRL, de manera que, pel que fa al que ara ens interessa, ha limitat la possibilitat d'utilitzar *ex novo* fórmules juridicoprivades de gestió directa quan es reinternalitzi el servei i les entitats locals que ho pretenen estiguin immerses en un pla economicofinancer o en un pla d'ajust, mentre aquest pla duri.⁷⁰

Com es deriva del preàmbul LRSAL, l'objectiu que es perseguia era impedir «la participació o la constitució d'entitats instrumentals per les entitats locals quan estiguin subjectes a un pla economicofinancer o a un pla d'ajust» per a l'eficàcia del qual «es prohibeix, en tot cas, la creació d'entitats instrumentals de segon nivell, és a dir, unitats controlades per unes altres, que, al seu torn, estiguin controlades per les entitats locals. Aquesta prohibició, motivada per raons d'eficiència i de racionalitat econòmica [...]».

69. L'article 85, en la redacció que en fa la LRSAL, estableix que:

«1. Són serveis públics locals els que presten les entitats locals en l'àmbit de les seves competències.

2. Els serveis públics de competència local s'han de gestionar de la forma més sostenible i eficient d'entre les que s'enumeren a continuació:

A) Gestió directa:

a) Gestió per la mateixa entitat local.

b) Organisme autònom local.

c) Entitat pública empresarial local.

d) Societat mercantil local, el capital social de la qual sigui de titularitat pública.

Només es pot fer ús de les formes que preveuen les lletres c) i d) quan quedi acreditat mitjançant memòria justificativa elaborada a aquest efecte que són més sostenibles i eficients que les formes que disposen les lletres a) i b), per a la qual cosa s'han de tenir en compte els criteris de rendibilitat econòmica i recuperació de la inversió. A més, a l'expedient hi ha de constar la memòria justificativa de l'assessorament rebut que s'ha d'elevat al ple per a la seva aprovació, on s'han d'incloure els informes sobre el cost del servei, així com el suport tècnic rebut, que s'han de publicar. A aquests efectes, s'ha d'obtenir l'informe de l'interventor local, el qual ha de valorar la sostenibilitat financera de les propostes plantejades, de conformitat amb el que preveu l'article 4 de la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera.

B) Gestió indirecta, mitjançant les diferents formes que preveu per al contracte de gestió de serveis públics el text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre.

La forma de gestió per la qual s'opti ha de tenir en compte el que disposa l'article 9 de l'Estatut bàsic de l'empleat públic.»

70. Disposició addicional novena. Redimensionament del sector públic local.

«1. Les entitats locals de l'article 3.1 d'aquesta Llei i els organismes autònoms que en depenen no poden adquirir, constituir o participar en la constitució, directament o indirectament, de nous organismes, entitats, societats, consorcis, fundacions, unitats i altres ens durant el temps de vigència del seu pla economicofinancer o del seu pla d'ajust.

Les entitats esmentades en el paràgraf anterior durant el temps de vigència del seu pla economicofinancer o del seu pla d'ajust no poden fer aportacions patrimonials ni subscriure ampliacions de capital d'entitats públiques empresarials o de societats mercantils locals que tinguin necessitats de finançament. Excepcionalment les entitats locals poden fer les esmentades aportacions patrimonials si, en l'exercici pressupostari immediatament anterior, han complert els objectius d'estabilitat pressupostària i deute públic i el seu període mitjà de pagament a proveïdors no supera en més de trenta dies el termini màxim que preveu la normativa de morositat [...].

3. Els organismes, les entitats, les societats, els consorcis, les fundacions, les unitats i altres ens que estiguin adscrits o vinculats, als efectes del Sistema Europeu de Comptes, a qualsevol de les entitats locals de l'article 3.1 d'aquesta Llei o dels seus organismes autònoms, o que en depenguin, no poden constituir, participar en la constitució ni adquirir nous ens de qualsevol tipologia, independentment de la seva classificació sectorial en termes de comptabilitat nacional [...].»

En efecte, aquesta proliferació d'ens instrumentals, de vegades no prou justificada, havia determinat una complexitat institucional l'ordenació de la qual el legislador emprèn des de la fonamentació del principi d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera.⁷¹ Entre les mesures proposades, n'hi ha que volen impedir el creixement i la proliferació de nous organismes i entitats; i d'altres que tendeixen a reduir el nombre actual d'estructures per tal de racionalitzar el dèficit públic i contribuir-ne a la reducció. Però totes tenen un objectiu: reduir el sector públic local de manera coherent amb l'objectiu del Pla pressupostari de 2014, que reflectia un estalvi estimat de 1400 milions d'euros, i totes es lligaven a la insuficiència pressupostària o el dèficit i la seva esmena mitjançant plans d'ajust.

D'aquesta manera, tenint en compte l'àmbit temporal dels plans econòmic-financers, o plans d'ajust (10 anys), la limitació a l'adquisició, la constitució o la participació en nous ens instrumentals i la prohibició de fer aportacions patrimonials o subscriure ampliacions de capital d'empreses públiques o societats mercantils locals amb necessitat de finançament⁷² presenta un horitzó a llarg termini que limitaria la capacitat d'elecció d'aquestes fórmules juridicoprivades per a la gestió dels serveis reinternalitzats, de manera que enervaria aquesta possibilitat. Aquesta disposició, com sembla evident, oposa per això un límit en la gestió directa del servei mitjançant fórmules juridicoprivades en aquests supòsits.

En tot cas, i complint els requisits que el precepte estableix, és a dir, criteris de *rendibilitat econòmica i recuperació de la inversió*, és perfectament lícit, i considerem que no s'incorre en frau de llei,⁷³ escometre la prestació del servei, per exemple, mitjançant el recurs a una societat pública municipal ja existent, atès que la cobertura de l'actuació administrativa que es pretén enllaçaria amb el prin-

71. Els antecedents de la norma es troben en els acords del Govern i les entitats locals, de 7 d'abril de 2010 i 25 de gener de 2012, els informes del Tribunal de Comptes i l'informe CORA mateix. I, si bé és veritat que la pràctica institucional de totes les administracions públiques, incloent-hi el sector local, en les darreres dècades ha determinat tant la creació i la participació per part de l'Administració en entitats participades per altres administracions públiques i fins i tot pel sector privat com la creació d'entitats descentralitzades dependents de l'entitat local mateixa, no és menys cert que només, i només en aquesta mesura, quan es posin en risc els objectius que estableixen les normes d'estabilitat pressupostària es poden invocar aquests principis per limitar la llibertat d'organització dels ens locals respecte dels serveis que presten.

72. Però, a més, si els plans d'ajust ara vigents, i elaborats en termes consolidats, preveuen fer aportacions de capital o ampliacions de capital, ara ja no es podran fer, llevat que en l'exercici pressupostari immediatament anterior s'hagin complert els objectius d'estabilitat pressupostària i deute públic i que el període mitjà de pagament a proveïdors no superi en més de trenta dies el termini màxim que preveu la normativa de morositat. Per tant, cal fer la revisió dels plans d'ajust que es trobin en aquesta situació.

73. Interpretar d'una manera limitadora la capacitat d'autoorganització dels serveis públics ens portaria a una interpretació extensiva d'aquesta disposició addicional novena que, com és ben sabut, és la que estén el significat *prima facie* d'una disposició, de manera que el seu àmbit d'aplicació inclou supòsits que, segons la interpretació literal, no inclouria.

Si bé, i com és notori, no es pot aplicar la llei sense interpretar-la, ni tan sols, com observen la doctrina i la jurisprudència, quan les coses semblen clares (de manera que cal rebutjar que sigui cert en tots els casos l'aforisme *in claris non fit interpretatio*), i que interpretar és una operació no d'extracció del contingut de la norma, sinó d'atribució de significat –és a dir, una activitat no merament mecànica i neutral, sinó subjectiva i creadora–, és necessari fixar els límits d'aquest acte de creació del dret, atès que, com és sabut, encara que no està prohibit interpretar, ni ho pot estar, sí que està prohibida l'analogia o la interpretació extensiva en normes prohibitives o restrictives, ja que estariem davant d'una activitat, per definició, creadora del dret.

La interpretació, malgrat el seu caràcter creador, és una operació intel·lectual amb què es vol establir el sentit de les expressions que utilitza la llei per decidir els supòsits que conté i, consegüentment, l'aplicabilitat al supòsit de fet que se li planteja a l'interpretar. Aplicar-hi una llei prohibitiva, sancionadora o restrictiva de drets de manera analògica o interpretant-la extensivament implica, en realitat, crear una norma nova, ja que la que s'affirma que s'hi ha aplicat no preveu, perquè el legislador no ho va voler, el supòsit de fet –en el nostre cas, utilitzar una societat preexistent– al qual s'imposa la conseqüència jurídica que preveu la mateixa llei.

cipi d'autonomia local –i el seu correlat pel que fa a la potestat d'autoorganització– i habilitaria plenament aquesta actuació, atès que no es produeix un resultat anormal o il·lícit en l'aplicació d'aquest principi si es respecta, això sí, la resta dels requisits establerts.

3.3.2. Els límits per a la incorporació de nou personal derivats de la taxa de reposició d'efectius i altres instruments d'ordenació de personal: una referència especial a la legislació contractual i pressupostària

Com és sabut, la taxa de reposició d'efectius ha estat un instrument de política de personal, recurrent en el nostre ordenament, pel qual l'Estat estableix, amb caràcter bàsic i, per tant, aplicable a totes les administracions públiques, restriccions pel que fa a la incorporació d'efectius. La seva virtualitat en l'objecte del nostre estudi és que, en principi, seria aplicable en aquests processos de reinternalització de serveis públics.⁷⁴

És cert que quan, com a conseqüència d'una sentència judicial per l'aplicació de l'article 44 ET, es disposa la subrogació en les relacions laborals, es planteja la qüestió de fins a quin punt aquesta taxa de reposició d'efectius, l'increment de la massa salarial que es pot produir o la necessària modificació dels instruments d'ordenació de personal posen límits a aquesta incorporació.⁷⁵

Per tal de resoldre les diferents qüestions que aquesta qüestió planteja convé partir de dos elements de reflexió: el primer, relatiu al fet que aquestes limitacions es refereixen a la incorporació de personal de nou ingrés, i així ho considera la legislació pressupostària, mentre que aquests processos de reinternalització de serveis representen una forma extraordinària d'incorporació de personal;⁷⁶ el segon, que aquestes normes també han de ser interpretades segons la finalitat que persegueixen, en connexió amb el fet de garantir l'estabilitat financera i l'estabilitat pressupostària, de manera que, si la reinternalització del servei és més eficient, semblaria que el fet que la norma impedis aquesta operació de reestructuració en la prestació del servei seria contrari a la finalitat de la norma mateixa.⁷⁷

74. Al parer de l'Administració General de l'Estat aquestes limitacions a l'accés al personal de nou ingrés tenen caràcter de norma bàsica a l'empareda dels art. 149.1.13.a i 149.1.18.a, afecten igualment el personal interí i laboral temporal i són d'aplicació a aquests processos de reinternalització de serveis públics, ja que suposen també una manera indirecta d'augmentar la plantilla de personal de l'entitat i podrien afectar també la seva massa salarial (informe de 14 d'octubre de 2016, en resposta a una consulta de l'Ajuntament de Ciutat Real).

75. FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., «Privatizaciones y remunicipalizaciones...», *op. cit.*, p. 63, indica que és un element clau a l'hora de decidir.

76. Així ho apunta MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 105, que recull les sentències que se citen en el text. En el mateix sentit, podeu veure la sentència núm. 303, de 31 de juliol de 2017, del JCA núm. 1 d'Alacant.

77. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «La remunicipalización de servicios», *op. cit.*, també defensa aquesta reflexió. Per ell, si l'objectiu de les lleis de pressupostos i d'estabilitat pressupostària (tant la LOEPSF com la LRSAL) és el mateix –és a dir, garantir l'estabilitat pressupostària i la sostenibilitat financera i contenir la despesa pública–, no pot ser que unes lleis cominin les administracions a

Adicionalment, cal tenir en compte alguns pronunciaments jurisprudencials, a saber: d'una banda, la STS 21 de maig de 2014 (ROJ: 3410/2014), que rebutja que les decisions administratives respecte a l'ordenació del personal (classificació de llocs de treball) tinguin prevalença sobre l'aplicabilitat de la subrogació en les relacions laborals quan es donen els supòsits que estableix per a la subrogació; de l'altra, la STS de 3 de febrer de 2015 (ROJ: 979/2015), que fa una interpretació restrictiva en l'aplicació de les taxes de reposició d'efectius per exceptuar el que disposa l'article 70 TREBEP i, a més, argumenta que, per aquesta raó, allà on diu «contractació», «nou ingrés», «incorporació», no podem entendre que hi estigui inclòs un supòsit de canvi en la qualificació jurídica d'un contracte ja existent, encara que aquest canvi comporti un cert –però molt limitat– augment de costos; o, finalment, la STSJ d'Andalusia de 29 d'octubre de 2015 (ROJ: 11967/2015) que, així mateix, manté que cal interpretar restrictivament aquestes limitacions perquè són normes que limiten l'exercici de drets laborals que l'ET i les directives comunitàries reconeixen.

D'aquesta manera, en opinió de MAURI, que compartim plenament,⁷⁸ l'oferta d'ocupació pública i la resta d'instruments organitzatius de què disposa l'Administració no poden ser un obstacle per al fet que, per l'aplicació de les normatives laboral i comunitària, tinguin lloc aquestes incorporacions.⁷⁹

En conclusió, segons el nostre criteri, quan en un supòsit concret es donen els requisits exigits per a l'aplicació de les normes laborals derivades de les directives comunitàries, o bé es produeix una sentència judicial que declara l'aplicabilitat de la subrogació en les relacions laborals que l'empresa privada ha mantingut fins al moment, aquestes limitacions derivades, ja sigui de la taxa de reposició d'efectius, tant si es tracta de la resta d'instruments organitzatius previstos en l'ocupació pública com de l'increment de la massa salarial, no haurien de ser aplicables.⁸⁰

prestar els serveis de la manera més eficient i sostenible entre les formes de gestió directa i indirecta, però que, si s'acredita que la forma més eficient és la gestió directa, resulti que no es pot dur a terme perquè no es pot contractar el personal que ha de prestar el servei. La sentència de què es fa esment en la nota anterior també destaca aquest aspecte.

78. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 106 i s.

79. De fet, un sector important dels nostres tribunals està operant amb aquestes pautes interpretatives. A tall d'exemple: quan el que s'oposa a la integració és el caràcter funcionarial o laboral del lloc de treball. En aquest sentit, es poden veure les sentències del Tribunal Superior de Justícia del País Basc de 15 de setembre de 2015 (ROJ: 3002/2015) i de 13 d'octubre de 2015 (ROJ: 3281/2015).

80. Una opinió idèntica manté MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «La remunicipaltzació de serveis», *op. cit.* Aquest autor expressa que quan hi concorren els requisits de l'article 44 i és procedent la subrogació legal, imposada per decisió judicial o disposada per l'Administració sense esperar a la condemna dels tribunals, cal assumir el personal adscrit al servei de l'empresa contractada que opti per exercir el dret de subrogació, encara que se superi el límit de la taxa de reposició d'efectius, i, posteriorment, a mesura que els límits de la taxa de reposició ho permetin, cal anar cobrint els llocs per mitjà d'un procediment que garanteixi els principis d'accés a l'ocupació pública. Aquests principis s'apliquen igualment en el cas d'entitats públiques, tal com disposa la DA 1a TREBEP. L'autor afegeix, pel que fa al límit del sostre de despesa, que, en general, no ha de representar un problema insalvable, perquè els recursos per finançar les noves despeses directes que comporta la prestació directa del servei es veuen compensats (en principi de manera excendentària, ja que s'estalvien les despeses del marge operacional del contractista i l'IVA si hi ha un pagament al concessionari subjecte a aquest impost i/o la diferència del règim fiscal aplicable al sector públic pel que fa al concessionari privat, com ara l'impost de societats).

No falten opinions jurisprudencials, tot i que d'instàncies menors, en contra del que s'ha exposat. D'aquesta manera, alguna jurisprudència, de la qual és representativa la sentència de 21 de desembre de 2016 del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 1 d'Oviedo (ROJ: 1729/2016), estima que no es pot procedir a la modificació de la plantilla incomplint els límits que es deriven de la taxa de reposició d'efectius.⁸¹ Són resolucions jurisprudencials que confirmen la necessitat que hi hagi pronunciaments d'instàncies jurisdiccionals superiors per deixar tancada aquesta problemàtica.

La tramitació de la Llei de contractes del sector públic també va posar de manifest diferents esmenes respecte a aquesta qüestió que, si haguessin prosperat, haurien complicat la realització d'aquests processos.⁸² En efecte, les esmenes presentades pels grups parlamentaris socialista (esmena núm. 799), de Ciutadans (esmena 422) i grup mixt (PdCAT, esmena 964), curiosament amb una redacció idèntica, proposaven una disposició adicional nova que obligava a la modificació prèvia de les relacions de llocs de treball.⁸³

Les raons amb què tots els grups parlamentaris van argumentar la seva proposició, que tenien, en l'essencial, idèntica raó de ser i, sens dubte, la millor intenció,

81. Aquesta sentència, que admet el recurs interposat, argumenta que «això no es considera que pugui ser interpretat perquè, amb l'incompliment del que estableix la regla primera d'aquest article, es creïn places noves en la plantilla municipal fora dels límits que fixa aquella regla en la reposició d'efectius. Entendre-ho d'una altra manera i permetre així la creació de places, deixant de banda tots els límits que estableixen les normes sobre reposició d'efectius, implicaria un frau de llei al que estableix d'aquesta manera la norma, fent ús d'aquesta possibilitat (nomenament de funcionari interí a l'empareda de la regla del número dos de l'article esmentat) per a una finalitat diferent de la que estableix, que no és la de "creació" de noves places, sinó únicament la de nomenament de funcionari interí per plaça i lloc creat prèviament. Dit amb altres termes, la "creació" de places pertoca al que estableix el número u de l'art. 20, mentre que la simple actuació de nomenament de funcionari interí està inclosa en el número dos d'aquest precepte».

Es veritat que, en el supòsit concret, es tractava de la provisió mitjançant nomenament interí que és impugnada pels treballadors del servei concessionat. En aquest mateix sentit es pronuncia la sentència del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 4, de 21 de desembre de 2016 (ROJ: 1728/2016), en aquest cas per impugnació de la convocatòria de provisió per un sindicat.

82. En el mateix sentit, MAURI MAJÓS, J., «L'assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics. Cap a la creació d'una figura de personal subrogat?» –treball encara inèdit–, exposa:

«Però no es tracta només d'això, les esmenes plantejades d'aquesta manera, en el cas que s'acabin incorporant a l'articulat de la llei, pressuposen la construcció d'una norma de dret intern contrària a la Directiva 2001/23/CE, i que en el seu trànsit ordinari haurà de ser inaplicable pel jutge nacional, ja que en la pràctica farà impossible o molt difícil l'exercici dels drets socials que confereix l'ordenament jurídic de la Unió Europea sota consideracions de caràcter pressupostari que no poden ser conceptuals com un motiu objectiu per obviar l'aplicació del dret comunitari. Pot resultar fins i tot paradigmàtic que una norma feta per traslladar una directiva europea sobre contractació pública acabi entrant en una contradicció flagrant amb una directiva europea sobre els drets socials dels treballadors».

83. Disposició adicional (nova). Garantia de la qualitat de l'ocupació en els supòsits d'internalització de serveis o activitats:

«Les entitats que integren el sector públic només poden acordar la gestió directa, amb els seus mitjans propis o per mitjà d'una entitat vinculada o dependent d'aquestes amb personalitat jurídica pròpia, de serveis públics que estigui gestionant amb anterioritat un operador econòmic a l'empareda d'un contracte de serveis, de concessió d'obres o de concessió de serveis, en cas que no hi hagi limitacions i restriccions d'indole pressupostària en matèria de creixement del nombre d'empleats públics o de la seva massa salarial que impossibilitin la successió d'empresa d'acord amb el que disposa l'article 44 del Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors, o la subrogació d'aquestes entitats en els contractes de treball formalitzats per l'operador econòmic que pugui estar inclosa en el conveni col·lectiu que s'hi hagi d'aplicar.

A aquest efecte, i abans de l'adopció de l'acord corresponent, cal sol·licitar un informe favorable de la Intervenció General corresponent sobre l'existència d'aquestes limitacions i restriccions i de les seves conseqüències.

Les entitats integrants del sector públic que acordin gestionar directament, amb els seus mitjans propis o per mitjà d'una entitat vinculada o dependent d'aquestes i amb personalitat jurídica pròpia, serveis públics que estigui gestionant amb anterioritat un operador econòmic a l'empareda d'un contracte de serveis, de concessió d'obres o de concessió de serveis, sempre que hi hagi successió d'empresa o subrogació en els contractes de treball d'acord amb el conveni col·lectiu s'hi hagi d'aplicar, hauran de modificar les relacions de llocs de treball en allò que sigui necessari per cobrir de manera indefinida els que siguin objecte dels contractes, dins dels tres mesos anteriors a l'extinció del contracte formalitzat amb l'operador econòmic, i, si no les modifiquen en aquest termini, no podran assumir efectivament la gestió directa dels serveis públics de què es tracti».

eren les següents: es justificava la proposta per la necessitat d'aportar seguretat jurídica i evitar la consideració equívoca d'indefinit no fix dels treballadors⁸⁴ en aquests processos, per a la qual cosa calia, segons l'opinió dels proponents, el respecte a la legislació pel que fa a les relacions de llocs de treball per tal de possibilitar que es convoquessin els procediments corresponents abans de l'acabament del contracte corresponent.

La condició d'indefinit no fix, certament avalada per alguna jurisprudència, mereix una reconsideració en aquests supòsits, però és aquesta la solució? La solució, com veurem, no passa pel fet que d'admetre que s'apliqui aquesta figura, autèntic calaix de sastre, sinó, simplement, per respectar l'aplicació de la directiva europea i la seva translació a l'àmbit nacional en l'article 44 ET, sense impedir a les entitats locals la seva potestat discrecional de triar la manera de prestar els serveis sempre que sigui més eficient i sostenible.

Així doncs, la introducció de requisits afegits, com ara els derivats de la legislació pressupostària o d'ocupació pública, afegeixen nous límits a l'aplicabilitat del que estableix la norma comunitària al dret intern –i, de vegades, fan inviable la recuperació mitjançant gestió directa dels serveis externalitzats. Potser la intenció era lloable, però, almenys des del nostre punt de vista, el camí era errat, i solucions alternatives com les que posarem de manifest aquí –i que la mateixa legislació pressupostària de 2017 ha mantingut–, malgrat les seves contradiccions, poden oferir una resposta més adequada a la problemàtica plantejada.⁸⁵

La Llei de PGE 2017 no ha fet més que generar dubtes sobre aquesta qüestió. No només no aclareix el problema, sinó que, al nostre parer, deixa a l'aire interrogants enormes. Em refereixo, en concret, a les previsions que conté l'apartat 2 de la disposició vint-i-sisena de la llei.

84. Una altra esmena presentada, en aquest cas, pel Grup Parlamentari Confederal d'Units Podem - En Comú Podem - En Marea (esmena núm. 161) estableix, just en la direcció contrària de les esmenes esmentades, però també en sentit errat, com veurem en apartats següents, que:

«S'addiciona un nou apartat 5 a l'article 293, que queda amb la redacció següent:

5. En el supòsit que, amb els tràmits legals corresponents, es produeixi el rescat de la concessió que preveu la lletra c) de l'article 292, és aplicable el que disposa l'article 44 del Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de l'Estatut dels treballadors amb independència de les limitacions que respecte de les plantilles de personal pugui establir la Llei de pressupostos Generals de l'Estat.

Els treballadors amb contracte indefinit adquireixen la condició d'indefinitos no fixos en les plantilles corresponents dels ens del sector públic, sense perjudici que en el termini màxim de tres anys s'incloguin els llocs corresponents a l'Oferta d'Ocupació Pública per a la seva cobertura definitiva d'acord amb els principis d'igualtat, mèrit i capacitat de conformitat amb el que disposa la normativa reguladora dels empleats públics».

85. MAURI MAJÓS, J., «L'assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics...», exposa, així mateix:

«És evident que aquest plantejament prioritza d'una manera abstracta, unilateral i indiferent els límits pressupostaris a la incorporació de personal amb independència de l'objectiu últim de contenció o reducció de la despesa pública. Els processos d'internalització dels serveis no són *a priori* contraris a l'estabilitat pressupostària i la sostenibilitat financera. Precisament, l'elecció d'una forma de gestió directa ha de presuposar per endavant que els serveis es gestionen de la manera més sostenible i eficient. Aquest és el pressupòsit bàsic de qualsevol modificació en les formes de gestió que s'ha de justificar objectivament.

Per tant, s'estan utilitzant les limitacions pressupostàries en matèria de personal per impedir la internalització de serveis sense per metre, fins i tot, que les administracions públiques puguin acumular les taxes de reposició d'efectius sobrants de les quals puguin disposar per triar una manera de gestió directa. El plantejament sorprèn per la seva brusquedat: l'elecció d'una forma de gestió directa de serveis és contrària a les limitacions pressupostàries en matèria de personal. Aquest és un tipus d'esmena que s'ha de considerar lesiva del principi d'autonomia local en el vessant de la potestat per organitzar els seus serveis».

La realitat és que el projecte originari incloïa una previsió que ha desaparegut en la redacció final, arran d'una esmena transaccional⁸⁶ que flexibiliza l'aplicació quan la reinternalització del servei es fa en una societat mercantil pública, és a dir: el còmput pel que fa a la taxa de reposició d'efectius en el projecte originari sí que computava, i no ho fa, en certs supòsits, en la redacció final. La inclusió d'aquesta previsió en la redacció originària, amb independència de la seva eventual validesa, impossibilitava *de facto*, com pot imaginar-se, la viabilitat d'aquests processos. Encara que, com ara veurem, la interpretació de l'apartat segon d'aquesta disposició, si bé aparentment flexibiliza el precepte, presenta una certa i notòria confusió.

En una primera aproximació a la seva interpretació, encara que en la redacció originària semblava que el personal afectat per aquests processos de reinternalització en societats públiques estaria afectat per la taxa de reposició d'efectius, això ja no és així després de l'esmena acceptada, i, en els supòsits exceptuats (és a dir, que es produeixi com a conseqüència d'una sentència judicial o arran de la convocatòria de processos selectius basats en els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat), no serien aplicables els límits que, en aquest sentit, posa la taxa de reposició d'efectius.

En virtut d'això, i per tant, les conseqüències d'un procés de reinternalització d'un servei externalitzat en una societat pública municipal determinarien: d'una banda, que quan es reinternalitzés el servei, en l'Administració pròpiament dita o en un ens instrumental que no fos una societat pública municipal, el personal computés als efectes de la taxa de reposició d'efectius, fet que resulta contradictori respecte a l'apartat primer d'aquesta disposició, que declara aplicable la successió d'empreses en aquests supòsits amb l'excepció que no es adquireix la condició d'empleat públic; de l'altra, aquesta resolució resultaria també un mica contradictòria respecte al que preveu l'apartat primer, segons el qual només en els supòsits exceptuats seria operativa l'excepció al còmput en la taxa de reposició d'efectius en el cas de societats públiques municipals.

Però, com hem dit, el precepte planteja nombrosos dubtes. I resulta com a mínim sorprenent que, si es vol aplicar el mecanisme subrogatori en les relacions laborals sense que computi als efectes de la taxa de reposició d'efectius, no es faci de manera exclusiva la constatació de les circumstàncies i els requisits que preveu l'article 44 ET, sinó que a aquesta solució només es pugui arribar mitjançant una resolució judicial o la realització d'un procés selectiu. Amb això, òbvia-

86. L'esmena acceptada és la núm. 2387, del GP Socialista, relativa a l'apartat dos de la disposició addicional vint-i-setena del projecte de llei, que simplement introdueix un «no» per tal que no computi en la taxa de reposició d'efectius. La motivació que es va donar a l'esmena és la següent: «Si bé es regulen de manera específica les responsabilitats quan s'incorre en cessió il·legal de treballadors, en la disposició addicional trenta-cinquena, cal evitar, atès que suposa una vulneració dels principis d'accés al sector públic, que tingui com a conseqüència una penalització en l'àmbit de la gestió, i han de computar com a personal de nou ingrés per a la taxa de reposició. Si es comptabilitzen, alteren o impedeixen qualsevol planificació de recursos humans mitjançant l'oferta d'ocupació, i més si aquesta oferta és reduïda, com és el cas en el sector públic».

ment, s'afegeixen límits d'una validesa dubtosa a aquesta potestat d'autoorganització dels serveis locals més enllà dels que preveuen les normes nacionals i comunitàries.⁸⁷

Em sembla molt que aquesta norma serà reinterpretada pels tribunals nacionals, o amb gairebé total seguretat pels tribunals comunitaris per la via de la qüestió prejudicial, ja que, almenys al nostre entendre, és manifestament contrària a les previsions que estableixen les normes comunitàries aplicables, atès que exigeix un requisit afegit que aquestes normes no preveuen i impedeix l'aplicació natural dels mecanismes subrogatoris. Per concloure, entenc que l'exigència de complir la taxa de reposició d'efectius, quan s'esdevenen els requisits que preveu la norma laboral,⁸⁸ perquè pugui fer-se efectiva la subrogació en les relacions laborals no respon a la norma comunitària quan no es tracta de supòsits de reorganització administrativa exclosos de la directiva.

3.3.3. Límits derivats del territori de prestació del servei

Finalment, convé indicar un límit, que no és altre que el que es deriva de la possibilitat que algun dels elements del servei estigui situat fora del terme municipal. La sentència del Tribunal Suprem de 27 de febrer de 1991 referenciava l'article 46 del RSCL, aprovat per Decret de 17 de juny de 1955, «en què, perquè sigui procedent la municipalització de serveis, el seu número 1 apartat c) disposa que es prestin dins del terme municipal o provincial corresponent, encara que alguns elements del servei es trobin fora de l'un i de l'altre»; i en el mateix sentit ja s'havien pronunciat les sentències d'11 de desembre de 1985 i 29 de setembre de 1986.⁸⁹

També és doctrina reiterada que el territori és el límit objectiu en el supòsit de la municipalització dels serveis (STS de 8 de novembre de 1988 i de 9 de maig de 1996), amb la declaració que «la municipalització de serveis, sigui en règim de monopoli o no, té com a límit objectiu el propi terme municipal, i encara que s'adueix que l'apartat c) del precepte reglamentari esmentat permet que algun dels elements del servei pugui estar fora del terme municipal, això es refereix tan sols

87. Espero que no sigui així, perquè, si no, podria titllar-se d'esperpèntic, però, curiosament, el que preveu aquest apartat segon de la disposició addicional vint-i-sisena connecta amb alguna problemàtica sorgida respecte d'aquests processos en via judicial. Concretament, em refereixo a les sentències que indica la nota 80, en què se celebrava un procés selectiu i el jutjat, fins i tot malgrat aquesta circumstància, entenia que era aplicable el límit de la taxa de reposició d'efectius.

88. De fet, ja estan sorgint opinions interpretatives respecte d'aquest apartat que argumenten que sembla que aquesta disposició s'ha d'interpretar, de manera alternativa i perquè adquireixi un significat coherent, en el sentit que el personal incorporat a una societat pública com a conseqüència de la subrogació en les relacions laborals si, un cop subrogat, s'esdevé un procés selectiu presidit pel mèrit i la capacitat per ser incorporat com a empleat públic no s'ha de computar pel que fa a la taxa de reposició d'efectius, sempre que sigui amb relació a una societat mercantil pública, cosa que, per contra, sí que passaria si s'incorporés, després d'aquest procés, a l'Administració o a una altra entitat pública.

89. Respecte d'aquest punt, és de gran interès la STS de 26 d'octubre de 2004, Sala Civil (Rec. 2859/1998).

a la possible localització material d'una part de les instal·lacions en un altre terme municipal diferent d'aquell a què estén la seva competència el titular del servei, en cap cas pot suposar per si mateix l'autorització per sobrepassar l'àmbit espacial de la prestació del servei, ja que la competència municipal se circumscriu al territori de la seva jurisdicció».

4. Àmbit subjectiu d'aplicació de les disposicions relatives a la subrogació en les relacions laborals: són aplicables al sector públic aquests casos?

Certament, i tal com se n'ha fet esment més amunt, un dels problemes més rellevants quan s'adopta la decisió de recuperar la gestió directa d'un servei públic que en un altre moment va ser externalitzat, són les conseqüències i els efectes que comporta aquesta decisió per al conjunt d'actors que estan implicats en el procés. Per descomptat, els treballadors afectats que presten la seva força de treball en els serveis que es reinternalitzen poden veure afectades les seves condicions de treball, però també, i no és menys rellevant, els municipis mateixos que tiren endavant aquests processos han de plantejar-se el règim jurídic en què han de quedar els treballadors procedents dels serveis que es reinternalitzen, i si s'han incorporat o no a les seves plantilles mitjançant els mecanismes subrogatoris legalment o convencionalment previstos. No és menys rellevant en quines condicions ho fan en el cas que siguin aplicables els mecanismes subrogatoris.

Però per donar resposta a aquestes qüestions, el primer que cal preguntar-se és en quina mesura, amb quines condicions i amb quin abast són aplicables aquests supòsits al sector públic.

4.1. La regla general establerta: aplicació universal amb independència de la naturalesa pública o privada del cessionari i del cedent i de la causa de la cessió

Cal que comencem referint-nos, en primer lloc, al fet que el mecanisme que regula l'article 44 de l'Estatut dels treballadors és transsumpte de la normativa europea que plasma la Directiva 2001/23/CE sobre l'aproximació de les legislacions dels estats membres relatives al manteniment dels drets dels treballadors en cas de traspassos d'empreses, de centres d'activitat o de parts d'empreses o de centres d'activitat (DOCE, 22 de març de 2001).

L'article 44 ET disposa que «El canvi de titularitat d'una empresa, d'un centre de treball o d'una unitat productiva autònoma no extingeix per si sol la relació la-

boral, i el nou empresari queda subrogat en els drets i les obligacions laborals i de Seguretat Social de l'anterior». Aquest canvi subjectiu en la figura de l'empresari té com a conseqüència, sempre que es donin els requisits establerts, la «subrogació laboral» en les relacions laborals que l'antic empresari mantenia amb els treballadors. I, lògicament, en les càrregues econòmiques, socials i laborals de tot ordre corresponents. Es produeix aquesta «successió d'empresa [...] si la transmissió afecta una entitat econòmica que manté la seva identitat, entesa com un conjunt de mitjans organitzats a fi de portar a terme una activitat econòmica, essencial o accessòria» (art. 44 ET i art. 1.1.b Directiva 2001/23/CE).⁹⁰

Aquesta és, per tant, una norma laboral, com tantes altres, tuitiva del dret dels treballadors a l'estabilitat laboral, que també, cal no oblidar-ho, està protegida constitucionalment (art. 35.1 CE). I és que l'objectiu fonamental d'aquesta regulació s'ha de situar a «garantir la continuïtat de les relacions laborals existents en el marc d'una entitat econòmica, amb independència d'un canvi de propietari» (STJCE 340/2001, de 20 de novembre, afer Carlito Abler i d'altres), és a dir, la seva *ultima ratio* és esmorteir les conseqüències socials dels processos de reestructuració i reorganització empresarial, per a la qual cosa institueix un conjunt de garanties el denominador comú de les quals és preservar, tant com sigui possible, els drets dels treballadors en cas de canvi d'empresari.

Suposa, tal com ho estem exposant, el manteniment de les relacions de treball existents en el moment de la transmissió. Cal indicar que es tracta d'una excepció a la regla general del dret privat en virtut de la qual el canvi de deutor pressuposa que la contrapart consent la relació obligatòria, i en troba la justificació en el principi d'estabilitat en l'ocupació, atès que si l'empresa, o una part de l'activitat que desenvolupa, amb substantivitat pròpia, continua duent-se a terme tot i el canvi d'empresari, les relacions laborals que hi ha amb el cedent en la data de la transmissió i s'han de mantenir i es traspassen de ple dret al cessionari, i l'oposició del cedent o del cessionari no té cap rellevància jurídica.

Així doncs, podem dir, en primer lloc, que encara que la subjecció del sector públic a la *ratio* de la norma no presenta cap dubte, l'abast de la seva aplicabilitat no deixa de ser problemàtica, tal com ho ha posat en relleu RODRÍGUEZ ESCANCIANO⁹¹ i ho confirma la mateixa disposició addicional vint-i-sisena LPGE 2017 amb la seva redacció alambinada. L'aplicació en aquests processos tampoc no sembla que sigui inconstitucional al parer del Tribunal Suprem.⁹²

90. Tant aquesta institució com la prohibició de la cessió irregular de treballadors de l'article 43 ET, de la qual fem esment més endavant, no es van veure afectades directament per la reforma laboral que es va implementar el 2012, encara que sí que els va afectar indirectament pel fet que abaratia l'acomiadament.

91. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La remunicipalización de los servicios públicos: aspectos laborales», Seminari sobre Relacions Col·lectives, Federació de Municipis de Catalunya (desembre 2015).

92. Així ho va declarar el TS (Social) per mitjà de la sentència de 30 de desembre de 2013, que expressa clarament la normalitat d'aquest instrument quan està previst legalment.

També és rellevant assenyalar que aquesta directiva acull un criteri ampli d'empresa, i l'amplitud del concepte «empresa» que estableix la directiva es reflecteix en els termes utilitzats per la norma que es refereixen a empreses «tant públiques com privades». El cert, però, és que la directiva mateixa pot induir, en principi, a confusió quan es refereix als ens públics que donen ocupació a afectats per la regulació dels canvis de titularitat de l'empresa, atès que, si bé afirma, tal com hem dit, que hi estan subjectes totes les empreses «tant públiques com privades», el concepte d'empresa podria no aplicar-se a activitats d'ens públics que no perseguissin una finalitat productiva o directament mercantil, ja que utilitza el concepte d'«activitat econòmica». No obstant això, la solució més raonable apunta que no és possible excloure'n els ens públics, atès que, immediatament, la directiva es refereix a «activitat econòmica, amb ànim de lucre o sense».⁹³

Així doncs, el Tribunal de Justícia ha declarat que el fet que el cessionari de l'activitat sigui un organisme de dret públic –en aquest cas, un ajuntament– no permet excloure l'existència d'una transmissió compresa en l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2001/23 (vegeu les sentències de 26 de setembre de 2000, *Mayeur*, C 175/99, Rec. p. I-7755, apartats 29, 33 i 34, i de 29 de juliol de 2010, *UGT-FSP*, C 151/09, Rec. p. I-0000, apartat 23). Amb anterioritat, el Tribunal de Justícia ja havia considerat que aquesta directiva era aplicable a la transmissió d'una activitat d'ajuda a toxicòmans exercida per una fundació, persona jurídica de dret privat, sense ànim de lucre (sentència de 19 de maig de 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91, Rec. p. I-3189), i a la transmissió d'una activitat d'ajuda a domicili de persones desfavorides, atribuïda per un organisme de dret públic a una persona jurídica de dret privat (sentència de 10 de desembre de 1998, *Hidalgo i d'altres*, afers acumulats C-173/96 i C-247/96, Rec. p. I-8237). Més recentment, i en el mateix sentit, podeu veure les STJUE de 20 de gener de 2011 (C-463/09, afer *CLECE*) i de 26 de novembre de 2015 (C-509/14, cas *Adif*).⁹⁴

93. Cal que ens remetem aquí al treball de CALVO GALLEGO, F. J., «Transmisión de empresas, sucesión de contratos y sector público», *Temas Laborales*, núm. 114 (2012), p. 205-226.

94. Concretament, en el cas *Mayeur*, es refereix a la transmissió a un municipi d'una activitat exercida prèviament per una persona jurídica de dret privat en interès d'aquest municipi. En concret, l'origen del conflicte rau en l'assumpció per part de la ciutat de Metz de les activitats de publicitat i informació dels serveis que ofereix al públic, que, fins llavors, eren exercides per una associació sense ànim de lucre (APIM), és a dir, una persona jurídica de dret privat, en interès d'aquest municipi.

En aquest supòsit, el TJUE rebutja l'exclusió del supòsit de l'àmbit de la directiva pel sol fet que l'activitat s'exerceix sense ànim de lucre o per raons d'interès públic (apartats 35 i 36), atès que entén que: «la transmissió d'activitats que es tracta no constitueix una reorganització d'estructures de l'Administració pública o una cessió de competències administratives entre administracions públiques, en el sentit de la sentència *Henke*. [...] En efecte, de la resolució de remissió es desprèn que la situació controvertida en el procediment principal constitueix una transmissió d'una activitat econòmica entre dues entitats diferents».

I, en aquest sentit, el TJUE especifica el següent (apartats 37 a 40): «En primer lloc, de la resolució de remissió s'infereix que APIM era una associació privada sense ànim de lucre dotada de personalitat jurídica diferent de la de la ciutat de Metz. La circumstància que APIM fos creada a iniciativa de l'alcalde d'aquesta ciutat, que els seus dirigents fossin càrrecs electes d'aquesta mateixa ciutat i que el gruix dels seus recursos estigués constituït per subvencions municipals no permet qüestionar el fet que APIM era una entitat diferent de la que es va fer càrrec de les seves activitats [...]. En segon lloc, de la resolució de remissió es dedueix igualment que APIM exercia les seves activitats de publicitat i d'informació per compte de la ciutat de Metz pel que fa als serveis que aquesta ciutat ofereix al públic [...]. Aquesta activitat de serveis revesteix un caràcter econòmic i no es pot considerar una activitat pròpia de l'exercici del poder públic».

La solució que ofereix la directiva amb caràcter general, per tant, és clarament favorable a la inclusió dels ens públics dins del seu àmbit d'aplicació. Per dir-ho ras i curt, No afecta, als efectes subrogatoris que estableix per protegir els drets dels treballadors, la personalitat pública de l'empresari cessionari.

Tant la legislació pressupostària de 2017, a la qual farem referència tot seguit, com les previsions que conté la Llei de contractes del sector públic avalen, encara més, si és possible, l'aplicabilitat de les normes relatives a la successió d'empreses als subjectes públics.⁹⁵

4.2. L'excepció a la regla general: reorganitzacions administratives i traspàs de funcions administratives entre autoritats públiques

4.2.1. Els supòsits exceptuats de la directiva

L'excepció a aquesta regla general sorgeix per raó d'una altra circumstància. Té l'origen, ara sí, en la naturalesa del subjecte en relació amb el seu «gir o tràfic administratiu» i es produeix quan el negoci jurídic, en virtut del qual es «traspassa» la titularitat, és estrictament públic i no contractual o convencional, perquè es tracta del que la directiva identifica com a «reorganització administrativa de les autoritats públiques administratives i el traspàs de funcions administratives entre autoritats públiques administratives que no constitueixen un traspàs a l'efecte d'aquesta Directiva» (art. 1.1.c).⁹⁶

D'aquesta manera, la STJUE de 15 d'octubre de 1996 (afer C-298/1994, Henke) va assenyalar que la successió no opera quan es produeix una reestructuració en les administracions públiques per la qual es traspassen unes funcions determinades a un altre ens o organisme públic.⁹⁷

95. Així doncs, el pas pel Senat va addicionar un nou número 3 a l'article 130, el qual estableix de manera expressa que: «En el cas que una Administració pública decideixi prestar directament un servei que fins a la data era prestat per un operador econòmic, estarà obligada a la subrogació del personal que el prestava si així ho estableix una norma legal, un conveni col·lectiu o un acord de negociació col·lectiva d'eficàcia general». L'addició deriva de l'acceptació de dues esmenes, la 595 del GP Socialista i la número 252 del GP d'Esquerra Republicana, amb el mateix text i idèntica motivació: «Aportar seguretat jurídica als licitadors, que, en el cas que una Administració prengui una decisió unilateral com és la internalització del que fins a la data havia estat un servei extern, es troben amb l'obligació d'assumir els elevats costos de liquidar el personal que fins a la data prestava el servei. Es tracta simplement d'aplicar a les administracions públiques les mateixes normes de subrogació que han d'aplicar els operadors privats».

96. De tota manera, cal fer esment que els empleats públics, protegits com a treballadors en virtut del dret nacional i afectats per una transferència a un nou ocupador dins de l'Administració pública, també resten tutelats per la directiva, atès que si es fes la interpretació contrària, d'acord amb el que recull la STJUE 343/98, de 14 de setembre de 2000, dictada en l'afer Collino, «importants categories de treballadors que exerceixen activitats econòmiques podrien quedar privats de la protecció que preveu la norma comunitària».

97. En aquest cas, la senyora Henke prestava serveis com a secretària de l'alcalde. Com a conseqüència de la constitució d'una agrupació de municipis a la qual es van encomanar les competències administratives, va ser acomiadada. La sentència nega l'aplicació de la directiva, emparant-se en l'exposició de motius, que inclou elements finalistes de protecció dels treballadors davant de situacions econòmiques negatives, i arriba a la conclusió que «no constitueix una "transmissió d'empresa", en el sentit de la directiva, la reorganització d'estructures de l'Administració pública o la cessió de competències administratives entre administracions públiques», mentre que «la cessió del municipi a l'agrupació de municipis només va afectar activitats pròpies de l'exercici del poder públic. Fins i tot en el supòsit que aquestes activitats inclogessin aspectes de caràcter econòmic, aquests només podrien ser accessoris».

Tot i així, hi ha alguns autors per als quals aquesta excepció no seria aplicable en l'ordenament espanyol. En aquest sentit, VALDÉS DAL-REL ha plantejat que l'article 44 ET seria perfectament aplicable als supòsits de reorganitzacions administratives i al traspàs de funcions entre autoritats públiques.⁹⁸ El raonament que segueix aquest autor és que l'article 44 ET no es fa ressò d'aquesta excepció i l'article 8 mateix de la directiva permet que els estats membres estableixin disposicions més favorables per als treballadors, la qual cosa, tal com va assenyalar MAURI,⁹⁹ basant-se en la STJUE de 26 de setembre de 2000 (afer C-175/99), acabaria excloent només la cessió de competències administratives pròpies del poder públic, és a dir, les funcions reservades a personal funcionari en els termes que estableix l'article 9.2 EBEP.¹⁰⁰

Al meu parer, no es pot donar cabuda a la tesi que enuncia VALDÉS DAL-REL, per diversos motius. En primer lloc, perquè l'article 44 ET fa la translació del que disposa la directiva, de manera que l'ordenament laboral es limita a adaptar el dret intern a les previsions de la directiva, no a definir-ne l'àmbit d'aplicació; però, en segon lloc, per l'efecte directe mateix de la directiva, que no ens pot portar a concloure que la no translació a l'ordenament intern de l'excepció s'ha d'entendre com una millora de la protecció que les previsions que estableix la directiva atorguen als treballadors ampliant l'àmbit d'aplicació. Simplement, l'ordenament intern no s'havia pronunciat sobre aquest assumpte fins ara, com tindrem l'oportunitat d'exposar.

Certament, i no obstant això, alguna jurisprudència comunitària es mou en aquesta direcció i planteja una certa problemàtica a l'hora de discernir quan estem davant d'una reorganització administrativa i quan estem davant d'un traspàs. I és que, en aquest sentit, el TJUE mateix (sentència 6 de desembre 2011, C-108/10, cas Scattolon), amb relació a aquesta doctrina, ha afirmat (apartats 57 i 58) que:

Res no justificaria ampliar aquesta jurisprudència en el sentit que els empleats públics, protegits com a treballadors en virtut del dret nacional i afectats per una transferència a un nou ocupador dins de l'Administració pública, no poguessin gaudir de la protecció que ofereix la Directiva 77/187 pel sol fet que aquesta transferència formi part d'una reorganització d'aquesta administració.

I hi afegeix:

És important considerar respecte a això que si es donés cabuda a aquesta interpretació, l'autoritat pública interessada podria sostreure qualsevol transferència imposada a aquests tre-

98. VALDÉS DAL-REL, F., *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitarios y nacional*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 62.

99. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, p. 83.

100. La sentència de 26 de setembre de 2000, afer C-175/99, Mayer, va entendre que sí que és aplicable la directiva quan la transmissió d'activitat es produeix d'una persona jurídica sotmesa a dret privat a una altra de sotmesa a dret públic, especialment quan el servei que prestava la primera no es pot entendre, d'entrada, com a exercici de poder públic.

balladors de l'àmbit d'aplicació de la directiva referida, invocant el simple fet que la transferència forma part d'una reorganització de personal. D'aquesta manera, importants categories de treballadors que exerceixen activitats econòmiques en el sentit de la jurisprudència del Tribunal de Justícia podrien quedar privades de la protecció que preveu aquesta directiva. Aquest resultat seria difícilment conciliable tant amb el text de l'article 2 de la directiva, segons el qual pot ser cedent o cessionari qualsevol persona física o jurídica que tingui la qualitat d'empresari, com amb la necessitat, tenint en compte l'objectiu de protecció social que persegueix la directiva, d'interpretar les excepcions a la seva aplicació de manera estricta.

Si això és així, hem de preguntar-nos en aquest punt què entenem per reorganitzacions administratives i per traspàs de funcions administratives públiques. Excloso els supòsits de privatització d'empreses públiques o externalitzacions de serveis en les quals l'ens públic manté la titularitat d'aquests serveis, per als quals considero que s'aplicaria plenament la directiva, GÓMEZ ÁLVAREZ ha entès que només es podria exceptuar l'aplicació de la directiva en els supòsits de reestructuracions administratives «pures», és a dir, la reordenació de les activitats dutes a terme per una entitat administrativa que passin a ser prestades per una unitat administrativa de la mateixa entitat o la competència per dur a terme les quals sigui transmesa a una altra entitat pública creada expressament per a l'atribució d'aquesta competència, o preexistent amb anterioritat a l'atribució de funcions.¹⁰¹ Caldria afegir-hi, així mateix, que això és així amb independència de la naturalesa jurídica pública o privada de l'ens cessionari i cedent.

En efecte, en el cas que aquest servei, encara que el presti un subjecte de naturalesa privada, estigui a càrrec d'una empresa municipal de titularitat íntegrament pública, en quedarien exclosos els mecanismes de protecció que preveu la directiva. Així doncs, en aquests supòsits, ens trobaríem de nou davant d'una reorganització administrativa en què el traspàs del personal es fa cap a l'ajuntament, és a dir, es passa d'una gestió directa del servei mitjançant una societat de titularitat íntegrament pública a la prestació del servei directament per l'ajuntament, i això sense perjudici que, posteriorment, l'ajuntament passés a prestar el servei de manera indirecta per l'externalització.¹⁰²

101. GÓMEZ ÁLVAREZ, T., «Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el art. 1.1 c) de la Directiva 23/2001. La interpretación del TJCE y de los Tribunales Españoles». *Relaciones Laborales*, núm. 8 (2002), p. 33-52.

102. Sobre aquesta qüestió, la STSJ Andalusia (Sevilla) de 9 de febrer de 2017 (Rec. 765/2016) argumenta el següent: «L'Administració demandada queda exempta d'aplicar els preceptes de l'Estatut dels treballadors relatius a la successió empresarial atès que la directiva esmentada, en virtut del que disposa l'art. 1.1 c), no considera el traspàs del personal de l'empresa municipal i la cessió d'actius i passius d'aquesta empresa cap a l'Ajuntament com un traspàs pel que fa a la directiva esmentada i, per tant, no estaria subjecta als mecanismes que preveu l'art. 44 ET, ja que aquest precepte de la directiva estableix que no constitueixen un traspàs la reorganització administrativa de les autoritats públiques i el traspàs de funcions administratives entre autoritats públiques administratives.

De manera que si entenem que en el cas que ens ocupa, més que davant d'una successió empresarial, ens trobem davant d'una reorganització del servei, no li és aplicable el que reclama el recurrent en virtut de l'art. 44 ET o del seu conveni col·lectiu. Per contra, els preceptes relacionats amb la successió d'empresa sí que serien aplicables a la resta del personal d'AJEMSA que va ser absorbit per AQUALIA, personal que sí que formava part de l'explotació del cycle de l'aigua, de contingut eminentment econòmic, però no per

D'altra banda, caldria excloure de l'aplicació de les normes laborals, i, per tant, de la directiva i de l'article 44 ET, la relació de servei dels funcionaris públics i els diferents supòsits que la normativa de funció pública preveu respecte de les seves situacions administratives, de manera que aquests funcionaris no gaudirien de la protecció de la directiva.

En la resta de casos, es dona una successió universal en els drets i les obligacions, laborals i de tota mena, de l'entitat pública cessionària respecte de la cedent que, fins i tot, era recollida així en el Reglament de serveis de les corporacions locals respecte dels supòsits de fundació pública del servei (art. 88.2 RSCL).

I és que, amb independència dels supòsits exceptuats, que també preveu l'ordenament jurídic local (per exemple, fusió de municipis), cal posar en relleu que aquestes excepcions no poden reconduir al que anomenem remunicipalització de serveis públics, cas en el qual no operen aquestes excepcions, atès que el personal que es traspasa és, en qualsevol supòsit, personal subjecte al règim jurídic laboral, perquè es tracta de personal que presta els seus serveis en empreses privades. Això no vol dir que no presenti certa problemàtica perquè, encara que, en principi, en els supòsits exceptuats i tenint en compte el que disposen els articles 9.2 EBEP i 92 LBRL, únicament estaria afectat el personal funcionari, la veritat és que, amb la confusió de règims jurídics que impera en les nostres entitats locals, molt sovint hi trobarem també personal subjecte al règim laboral.

D'aquesta manera, per bé que cal entendre que els supòsits de reorganització administrativa de les autoritats públiques administratives o el traspàs de funcions administratives entre autoritats públiques administratives queden exclosos de la directiva, no se'n poden excloure, sense més, altres supòsits que no estan exclosos de la directiva, tal com passa en serveis que han estat objecte de concessió per un organisme de dret públic, en tant que la seva activitat no és pròpia de l'exercici del poder públic,¹⁰³ o la transmissió d'una activitat econòmica d'una persona jurídica de dret privat a una altra de dret públic.¹⁰⁴

als 8 treballadors que, com el recurrent, van quedar sense integrar i les funcions dels quals eren d'inspecció de serveis o d'assessorament, com el cas de l'actor.

103. La sentència de 26 de setembre de 2000 (afer C-175/99, Mayer) va afirmar que sí que és aplicable la directiva quan la transmissió d'activitat es produeix d'una persona jurídica sotmesa a dret privat a una altra de sotmesa a dret públic, especialment quan el servei que prestava la primera no es pot entendre, d'entrada, com a exercici de poder públic.

104. El TS ha diferenciat la transmissió d'empreses (art. 44 ET) de la successió de contractes o de mera activitat, perquè considera que en la successió de contractes tan sols opera la transmissió de personal i, si es dona el cas, la subrogació empresarial, quan el conveni col·lectiu que correspongui aplicar prevegi de manera expressa que, en acabar la contracta, tots els treballadors que depenguin de l'empresari sortint i estiguin prestant serveis en les dependències de l'empresa o institució principal que contracta hagin de passar a dependre del nou adjudicatari del servei, mantenint les condicions laborals idèntiques a les que tenien amb l'empresa cedent. És a dir, la subrogació en els contractes de treball actua quan l'autonomia col·lectiva, en el seu àmbit d'aplicació –i això es ressalta pel que es dirà més endavant–, estableix l'obligació de subrogació en els supòsits d'un canvi en la titularitat de l'empresa, sense més, o també en els casos en què el plec de condicions ho imposi com a deure jurídic del nou contractista.

Altrament, l'únic que s'esdevé «és la finalització d'una contracta que s'extingeix pel transcurs del termini de concessió o adjudicació i l'entrada d'un nou ocupador –tant si és un nou contractista com si és l'empresari principal a qui reverteix el servei o activitat– que no està lligat amb l'anterior per cap títol translatiu respecte dels elements materials i organitzatius de l'empresa». Dit d'una altra manera, la jurisprudència entén que en l'encadenament de contractes no hi ha en puritat transmissió, sinó finalització d'una i començament d'una altra de diferent, «encara que materialment la contracta sigui la mateixa en el sentit que els serveis prestats continuen

És a dir: en els supòsits en què l'Administració recupera la competència per exercir una activitat que prèviament era duta a terme per un concessionari, encara que l'article 1.1.c de la directiva exclou del seu àmbit d'aplicació «la reorganització administrativa de les autoritats públiques administratives i el traspàs de funcions administratives entre autoritats públiques administratives», com ja s'ha dit, el precepte ha estat interpretat pel TJUE en el sentit que el simple fet que el cessionari de l'activitat sigui un organisme de dret públic o una Administració no permet excloure que hi hagi una transmissió que estigui inclosa en l'àmbit d'aplicació de la directiva, sempre que no es tracti de tasques pròpies de l'exercici del poder públic.

I és que, tal com ha aclarit la doctrina laboralista, del que s'ha exposat es deriva «que el terme empreses s'utilitza en un sentit ampli que sembla designar qualsevol persona física o jurídica que desenvolupi una activitat econòmica, és a dir, que participi en la vida econòmica d'un país, amb independència que persegueixi o no l'obtenció de beneficis, i d'això resulta que la reorganització administrativa de les autoritats públiques administratives i el traspàs de funcions administratives entre autoritats públiques administratives queden exclosos de l'àmbit d'aplicació de la directiva, perquè són situacions que no presenten una dimensió econòmica, en el sentit que no són susceptibles de participar en la vida econòmica o que només poden fer-ho amb un caràcter accessori, ja que impliquen exercici de l'autoritat inherent als poders públics. Això vol dir, *a contrario sensu*, que qualsevol activitat desenvolupada per les administracions públiques que no comporti l'exercici de l'autoritat inherent als poders públics pot quedar inclosa, si escau, en l'àmbit d'aplicació de la directiva, ja que, fins i tot quan ens trobem davant de la prestació de serveis públics que pretenen satisfer interessos generals, són activitats que presenten un contingut econòmic no accessori que les fa susceptibles de ser explotades per empresaris particulars».¹⁰⁵

D'aquesta manera, el TJUE assumeix un concepte ampli d'activitat econòmica, extensiu a «qualsevol activitat consistent a oferir béns o serveis en un mercat determinat», i això inclou serveis que es presten en interès públic i sense ànim de lucre, en competència amb els operadors que sí que actuen amb aquest ànim.

sent els mateixos», tot i que aquesta doctrina s'ha de matisar en virtut de la teoria de la transmissió de plantilla que la jurisprudència està aplicant a la successió de contractes quan el suport essencial de l'activitat econòmica desenvolupada és precisament la mà d'obra transferida.

De la mateixa manera, el Tribunal Suprem ha establert, en doctrina unificada en la seva sentència de 10 de desembre de 2008, en síntesi, que les previsions d'un conveni col·lectiu del sector de neteja d'edificis i locals no són aplicables a l'empresa principal, dedicada a una altra activitat diferent, que en finalitzar la contracta amb una empresa de neteja decideix assumir directament la neteja dels seus centres de treball, atès que l'empresa principal no s'ha de considerar inclosa dins l'àmbit d'aplicació d'aquest conveni col·lectiu.

105. REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. i SERRANO OLIVARES, R., «El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 58 (2005), p. 224.

Des d'aquesta perspectiva, activitats com ara la gestió d'instal·lacions públiques de telecomunicacions i la seva posada a disposició dels usuaris, la neteja o el manteniment o la gestió d'activitats lligades a la intermediació i al mercat de treball queden situades en l'àmbit de la directiva, i en romanen al marge únicament la reorganització d'estructures de l'Administració pública o la cessió de competències administratives entre administracions quan afecten activitats pròpies de l'exercici del poder públic; cosa que, d'altra banda, és lògica si tenint en compte el nostre ordenament jurídic, d'acord amb el que disposa l'article 9.2 EBEP, les ha de fer únicament el personal funcionari.

En conclusió, als efectes de l'aplicació de la directiva i, consegüentment, de la interpretació que hagi de fer-se de l'article 44 ET en aquest punt, sembla que no hi ha cap dubte sobre la seva aplicabilitat en els processos de reordenació del sector públic, llevat dels supòsits exceptuats, i sempre que s'hi donin els requisits establerts. En definitiva, la circumstància que el servei transmès hagi estat concedit per un organisme de dret públic o el cessionari de l'activitat sigui un organisme de dret públic no pot excloure l'aplicació de la directiva quan l'activitat de referència no és pròpia de l'exercici del poder públic. La conseqüència necessària és que s'ha de considerar que en l'aplicació de la directiva estan inclosos: serveis que hagin estat objecte de concessió d'un ens de dret públic, en tant que la seva activitat no és pròpia de l'exercici del poder públic. I, *a contrario sensu* i sense perjudici del que exposarem més endavant, cal entendre que n'estan exclosos: en primer lloc, els supòsits de reorganització administrativa de les autoritats públiques administratives; en segon lloc, el traspass de funcions administratives entre autoritats públiques administratives; i, finalment, el supòsit específic dels vaixells marítics.

La doctrina del TJUE, lògicament, ha estat assumida com a pròpia pels tribunals espanyols, que recullen en les seves resolucions referències expresses a les sentències comunitàries i reproduïxen part de les seves consideracions, com es pot veure en les STS de 27 d'octubre de 2004, de 29 de maig de 2008, de 10 de desembre de 2008, o d'11 de juliol de 2011 (que ja és citada per la sentència fonamental del TJUE de 20 de gener de 2011).

Aquesta és la situació fins al moment, ja que l'aprovació de la Llei de pressupostos generals de l'Estat de 2017 obre alguns interrogants pel que fa a aquesta excepció i, en concret, a la regla general d'aplicabilitat de la successió d'empreses.

4.2.2. La Llei de pressupostos generals de l'Estat 2017: ampliació de l'àmbit d'aplicació de la directiva i de l'ET?

Com ja hem exposat, una de les qüestions que planteja l'excepció a la regla general és què s'ha d'entendre per «reorganització d'autoritats administratives», però la disposició addicional vint-i-sisena LPGE 2017 planteja una problemàtica afegida; a

saber: si s'ha ampliat l'àmbit d'aplicació de la directiva o no, en reduir l'abast de l'excepció a la regla general.

En efecte, la disposició addicional vint-i-sisena, a més d'establir que els treballadors procedents de contractes no han de tenir la consideració d'empleats públics, declara l'aplicabilitat de la successió d'empreses al personal laboral que presti serveis en societats mercantils públiques, fundacions del sector públic, consorcis, o en persones jurídiques societàries o fundacionals que hagin d'integrar-se en una Administració pública. En aquest supòsit també es rebutja que puguin adquirir la condició d'empleat públic.

Però aquests supòsits, relacionats amb el subapartat *b)* de l'apartat 1 d'aquesta disposició, són exemples clars de reestructuració de l'organització administrativa que, en alguns casos, es podrien considerar que queden exclosos de l'aplicació de la directiva esmentada perquè es tracta de reorganitzacions administratives. Només cal assenyalar, a aquests efectes, els consorcis com a ens públics, de caràcter instrumental, que assumeixen l'exercici competencial concurrent de diferents administracions públiques i la doctrina mateixa que estableix la sentència de 15 d'octubre de 1996 del TJUE (afer C-298/1994, Henke).

Doncs bé, en aquests casos sembla que no hi ha dubte que s'amplia l'àmbit d'aplicació de la directiva, que ja no queda restringida, o almenys no s'aclareix que hi quedi, als supòsits en què ens trobem davant d'una activitat econòmica que es presta mitjançant un servei externalitzat (subapartat *a)*, apartat 1, disposició addicional vint-i-sisena), sinó que s'amplia a una altra sèrie de supòsits que s'esdevenen en els processos de reestructuració del sector públic, tant si es tracta de canvis en la forma de gestió de serveis públics com si es tracta de la supressió d'organismes instrumentals i l'assumpció de les funcions que exerceixen per part de l'ens matriu.

Es tractaria, si es vol veure d'aquesta manera, de la transposició d'aquesta directiva al sector públic pel que fa a l'àmbit d'aplicació de la mateixa en què el traspass de funcions entre autoritats administratives (com en el cas del consorci), amb l'abast que estableix aquesta disposició addicional vint-i-sisena, no en vetaria de manera absoluta l'aplicabilitat, llevat del que es refereix a la no adquisició de la condició d'empleat públic. Cal observar que ara no es tracta, com passava amb les normes que van ocupar-se de la reestructuració del sector públic estatal o autonòmic, d'una norma amb una vigència indefinida i de caràcter singular, sinó d'una norma amb una vigència igualment indefinida però de caràcter bàsic (amb tot el que té de contradictori el fet que això es faci a través d'una norma pressupostària) i, per tant, d'aplicació general a totes les administracions i ens públics.

Tot això sense perjudici que, lògicament, el personal integrat dins d'aquests serveis que ja tingués la condició d'empleat públic (funcionari o laboral), perquè ja hi havia estat adscrit, conservi aquesta condició sense que se li apliquin les limitacions que la disposició preveu en aquest sentit.

4.3. Les excepcions que preveu la legislació contractual de les administracions públiques

La legislació contractual de les administracions públiques, i en concret l'article 301, estableix una previsió que podria oposar-se, només en aquest supòsit, a la subrogació en les relacions laborals.

En efecte, l'apartat 4t de l'article 301 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual es va aprovar el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP), estableix que a l'extinció dels contractes de serveis de cap manera no es pot produir la consolidació de les persones que hagin fet els treballs objecte del contracte com a personal de l'ens, organisme o entitat del sector públic contractant.¹⁰⁶

Cal observar, en primer lloc, que aquesta disposició es refereix de manera exclusiva als contractes de serveis, no als de gestió de serveis públics dels quals tractem aquí. D'altra banda, cal posar de manifest, com ha puntualitzat ALFONSO MELLADO, que aquesta disposició no pot impedir l'aplicació de l'article 44 ET, si escau, atès que aquest article transposa la normativa comunitària que deriva imperativa i, per això, cal entendre'l com una norma de caràcter general que impedeix la «consolidació» com a personal de l'ens públic, però no que, si escau, aquest personal continuï prestant serveis.¹⁰⁷

Més endavant, *in extenso*, ens n'ocuparem en abordar la cessió il·legal de treballadors.

106. L'article 308.2 de la Llei de contractes del sector públic també inclou aquesta previsió, d'una manera més completa, i estableix que: «En cap cas l'entitat contractant no pot instrumentar la contractació de personal a través del contracte de serveis, i això inclou els que per raó de la quantia es tramiten com a contractes menors.

A l'extinció dels contractes de serveis, no es pot produir de cap manera la consolidació de les persones que hagin dut a terme els treballs objecte del contracte com a personal de l'entitat contractant. Amb aquesta finalitat, els empleats o responsables de l'Administració s'han d'abstenir de fer actes que impliquin l'exercici de facultats que, com a part de la relació jurídicolaboral, li corresponen a l'empresa contractista».

Aquesta redacció és producte de l'admissió d'una acceptació de l'esmena transaccional procedent de l'esmena 584 del GP Socialista, que la justificava, que pretenia garantir el compliment dels principis de mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública i prevenir la utilització de figures amb una altra finalitat diferent per configurar la plantilla de les entitats públiques.

107. ALFONSO MELLADO, C. L., «La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales», *Revista de Derecho Social*, núm. 73 (2016).

5. El cas típic de successió d'empreses: subrogació *ope legis* en les obligacions laborals

En realitat, i convé aclarir-ho des del principi, hi ha quatre supòsits en què es planteja l'obligació de subrogar en les relacions laborals que es mantenen amb els treballadors en ocasió d'aquests processos: la successió d'empreses derivada de l'article 44 ET; l'anomenada successió de plantilles, fonamentalment una figura de creació jurisprudencial –que, a efectes expositius, desvincularem de l'anterior– que ha evolucionat al llarg del temps a través d'una interpretació extensiva del contingut del precepte estatutari; la subrogació que es deriva d'un conveni col·lectiu que preveu aquesta obligació; i, finalment, la subrogació com a conseqüència de les previsions que continguin els plecs de clàusules administratives derivats d'una contractació pública o de l'incompliment del contracte en l'anomenada «cessió il·legal de treballadors».¹⁰⁸ Cap d'aquests supòsits no ha estat pacífic en la seva aplicació.¹⁰⁹

És cert que, tal com ha exposat MAURI amb rigor, l'apreciació del primer supòsit gaudeix d'absoluta preferència sobre la resta, de manera que la resta només opera en defecte o en absència d'algun dels elements característics de la successió d'empreses. Els efectes tampoc no són idèntics en els casos de subrogació pactada convencionalment o imposada a través del plec de condicions administratiu. La STS de 20 de febrer de 2004 tracta d'evitar que l'assumpció imperativa per part del nou contractista de la plantilla de l'anterior es consideri com una transmissió *ex article 44 ET*, i, per tant, que s'hi exclogui l'aplicació del règim jurídic que prevegi *ad hoc* el conveni o el plec de condicions administratiu a favor del més rigorós règim legal que «no implica només el manteniment dels contractes, sinó la conservació del seu contingut contractual i, sobretot, l'aplica-

108. En relació amb tots aquests supòsits i les seves conseqüències en el sector públic local, cal fer esment del treball de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. i ORTEGA JIMÉNEZ, P., «Sucesión de empresas y cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública», *Revista de Estudios Locales*, número extraordinari (2013).

109. La jurisprudència dels jutjats i tribunals espanyols sobre aquest tema és summament proluxa i abundant, amb pronunciaments, més d'una vegada contradictoris, que han motivat diverses sentències dictades en recurs de cassació per tal d'unificar la doctrina (per exemple, la STS de 5 d'abril de 1993, dictada en recurs de cassació per a la unificació de la doctrina). Podeu veure, amb relació als diferents tipus, la STSJ de Madrid d'1 de març de 2013 (Rec. 6259/2012).

ció d'un règim molt sever de responsabilitat solidària en les obligacions laborals i de Seguretat Social».¹¹⁰

Amb referència, en primer terme, al mecanisme que regula l'article 44 ET, com ja hem dit, l'objectiu de la norma és minorar les conseqüències que les reorganitzacions empresarials, en el nostre cas amb intervenció de subjectes públics, tenen sobre els treballadors. Així doncs, es tracta d'establir mitjançant la regulació un conjunt de garanties que preservin els drets dels treballadors, amb independència de la naturalesa pública o privada de cessionari i cedent.

Els requisits perquè aquest mecanisme, que té efectes *ex lege*, es posi en marxa tenen caràcter acumulatiu; tot seguit els analitzarem. La STJUE de 20 de gener de 2011 (afer C-463/209, apartat 29) recorda, a més, que els conceptes que conté la norma comunitària s'han d'interpretar d'una manera prou «flexible» perquè responguin a l'objectiu de la Directiva 2001/23 de «protegir els treballadors per compte d'altri quan hi ha transmissió d'empresa».

Si en l'apartat quart analitzàvem l'element subjectiu necessari per a l'aplicació de la successió empresarial en els supòsits en què el cessionari era una administració pública, ara hem de donar compte dels requisits objectius exigibles perquè aquesta successió operi.

5.1. Canvi de titularitat de l'empresa, d'un centre de treball o d'una unitat productiva autònoma

Si, en primer lloc, advertíem dels problemes que plantegen aquest tipus de processos de reestructuració en el sector públic, tot seguit cal fer referència al fet que la jurisprudència ha interpretat aquest canvi de titularitat d'una manera molt àmplia, que admet qualsevol acte o fet, *inter vivos* o *mortis causa* que, a la pràctica, determini el traspàs d'una entitat econòmica.¹¹¹ Així doncs, la jurisprudència comunitària, i, amb ella, l'espanyola, s'ha decantat per una interpretació finalista o teleològica de la delimitació de la causa de la transmissió, de manera que exigeix

110. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 92, també es refereix al fet que els efectes tampoc no són els mateixos, atès que la successió legal es transforma en una veritable obligació de subrogació que s'imposa per ministeri de la llei a les empreses i els treballadors. La subrogació convencional també pressuposa una obligació de subrogació, però només en els termes i les condicions que hagi establert el conveni corresponent, i sempre subjecta als límits, les formalitats i el lliurament de la documentació pertinent que exigeixi el conveni. La subrogació contractual s'ha de produir sempre estrictament en els termes acordats en el plec de condicions del contracte i, en principi, l'haurien d'acceptar els treballadors interessats mateixos.

111. Tal com exposen REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. i SERRANO OLIVARES, R., «El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58 (2005), p. 222, en aquest sentit, és irrelevant que el canvi de titularitat de l'entitat econòmica sigui voluntari o no ho sigui, sense que tampoc s'exigeixi l'existència d'una relació de tracte directe entre empresari cedent i cessionari ni la transmissió de la propietat, aplicant-se el règim jurídic de la transmissió a tots els supòsits de canvi de la persona física o jurídica responsable de l'explotació de l'empresa que, per qualsevol títol, contreu les obligacions d'empresari.

exclusivament el canvi de titularitat com a fet, al marge de quina en sigui la causa o de la forma com s'hagi esdevingut.¹¹²

Qualsevol tipus de negoci translatiu, incloent-hi un simple poder d'explotació temporal, sense necessitat que hi hagi un tracte directe successiu, és causa suficient perquè operi el mecanisme subrogatori.

No obstant això, aquesta interpretació finalista, per al sector públic, no és subjacent en la disposició addicional vint-i-sisena LPGE 2017, que només estableix un conjunt de supòsits perquè aquesta operi. En efecte, aquesta disposició estableix l'aplicabilitat de la successió d'empreses, en el cas de contractes, quan els contractes s'extingeixin pel seu compliment, per resolució, incloent-hi el rescat, o si s'adopta el segrest o la intervenció del servei d'acord amb la legislació de contractes del sector públic que els és aplicable. La successió d'empreses com a conseqüència de la finalització d'una contracta només seria aplicable en aquests supòsits, la qual cosa tindria la conseqüència, discutible d'acord amb la jurisprudència comunitària, de la no aplicació en altres supòsits que es puguin imaginar (tot i que, certament, és difícil imaginar-ne d'altres).

D'altra banda, i en relació amb els consorcis públics, la disposició addicional esmentada declara que en la seva aplicabilitat cal distingir l'adscripció del consorci a una nova Administració, com a conseqüència de les previsions legals en aquest punt (art. 118 i s. de la Llei de règim jurídic del sector públic), de l'extinció del consorci mateix i la integració corresponent en l'Administració a la qual s'adscriu que continuï prestant els serveis. En efecte, en el primer dels supòsits no hi ha canvi de titularitat, ni extinció de l'ens instrumental ni integració en l'ens matriu al qual estava adscrit, sinó simplement assimilació d'un règim jurídic per evitar que el personal provinent dels ens consorciats se sotmeti a unes condicions laborals diferents. Simplement és això. I no vol dir, ni molt menys, que aquesta solució no presenti nombrosos problemes i interrogants.

És a dir, el fenomen subrogatori de l'article 44 ET opera si s'hi donen els requisits necessaris, si ho estableix el conveni col·lectiu o, pel que fa al que ens interessa aquí, si ho determinen les previsions que la llei adopti per a la reestructuració. Però no hi concorre cap d'aquestes circumstàncies en els casos de canvi d'adscripció del consorci, sinó que en el cas analitzat exclusivament s'es-

112. Aquest canvi de titularitat, com ja hem dit, ha estat interpretat amb una gran amplitud i inclou qualsevol tipus de transmissió; cal entendre que es refereix a qualsevol espècie o figura jurídica, tant directa com indirecta, sense que hi hagi d'haver necessàriament la transmissió dels béns que constitueixen l'empresa al nou ocupador de la propietat, sinó de la capacitat de direcció i gestió, és a dir, la titularitat en l'explotació del negoci. Per tant, el canvi de titularitat es pot produir amb fonament en qualsevol títol jurídic entre vius (cessió, venda, permuta, donació, arrendament d'indústria, venda judicial, fusió, escissió, etc.) o *mortis causa* (art. 49.1.g ET) que suposí un canvi d'ocupador i que permeti la continuïtat de l'activitat de l'empresa, del centre de treball o de la unitat productiva autònoma transmesa.

Sobre el concepte d'empresa podeu veure MONEREO PÉREZ, J. L., *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, 1999. D'aquesta manera, la successió d'empresa també és aplicable quan es transfereix un centre de treball –unitat productiva amb organització específica degudament donada d'alta, com a tal, davant l'autoritat laboral (art. 1.5 ET)– o quan la transmissió afecti una unitat productiva autònoma de l'empresa o d'un centre de treball (és a dir, el que la Directiva 2001/23/CE anomena «parts d'empreses o centres d'activitat»).

tableix una vis atractiva del règim jurídic per tal de possibilitar unes mateixes condicions laborals.¹¹³

5.2. Allò transmès ha d'afectar una entitat econòmica que mantingui la seva identitat, entesa com un conjunt de mitjans organitzats per dur a terme una activitat econòmica essencial o accessòria

Per tal que la transmissió vagi acompanyada de l'efecte subrogatori en les relacions laborals que es mantenen, cal que hi hagi una cessió efectiva de «parts individualitzades» de l'entitat empresarial,¹¹⁴ «sempre que conservin la seva identitat» i que «el que es transmeti sigui susceptible d'explotació econòmica independent, capaç d'oferir béns i serveis al mercat». S'ha de «transmetre una entitat productiva independent», atès que «la simple circumstància que les prestacions realitzades successivament per l'antic i pel nou concessionari o adjudicatari de la contracta siguin similars, no permet arribar a la conclusió que hi ha una transmissió d'aquesta entitat» (STJCE de 10 de desembre de 1998), fet que suposa, com a mínim i en allò que ens ocupa, que l'eficiència de la prestació del servei públic davant dels usuaris quedi garantida per un ens públic.

No obstant això, cal matisar aquesta afirmació. Pel que fa al concepte de traspass, la directiva considera com a tal aquell que afecti «una entitat econòmica que mantingui la seva identitat, entesa com un conjunt de mitjans organitzats, per tal de dur a terme una activitat econòmica, ja sigui essencial o accessòria» (article 1.1.b de la Directiva 2001/23).¹¹⁵ De manera que, com indica MAURI amb suport en la jurisprudència dels nostres tribunals, la mera cessió d'activitat no és una successió d'empreses; és a dir, no hi ha prou amb la circumstància que el servei prestat pel gestor antic i pel nou siguin similars per afirmar la transmissió d'una entitat econòmica, i, per això, conclou que, com a mínim, hi ha d'haver una transmissió

113. En relació amb aquesta qüestió podeu veure el meu treball «La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal», *RVAP*, núm. 99-100 (maig-desembre 2014).

114. La STS de 14 de febrer de 2011 (Rec. 130/2010) fa referència a la transmissió d'unitats productives que assumeixen activitats segregades però en què hi ha independència organitzativa i funcional, que com a resultat constitueixen un conjunt en cada cas de mitjans organitzats, explotacions econòmiques independents, capaços d'oferir béns i serveis al mercat. I argumenta el Tribunal Suprem que:

«Els processos de descentralització productiva o segregació d'activitats que inicialment eren ocupades per l'empresa matriu tenen suport constitucional en el dret a la llibertat d'empresa que consagra l'article 38 CE, dret que té els seus límits, entre d'altres, en els concurrents dels treballadors i amb els quals aquestes decisions d'exteriorització productiva poden topar. Es tracta, doncs, d'una decisió empresarial que ha de resultar respectuosa amb els drets dels afectats. Per això, l'article 44.1 ET afirma la possibilitat de dur a terme aquests processos sense que signifiquin l'extinció de les relacions laborals dels treballadors i el nou empresari subrogat en els drets i les obligacions laborals i de Seguretat Social de l'anterior.»

115. REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. i SERRANO OLIVARES, R., *op. cit.*, p. 227, indiquen que l'«empresa», pel que fa a l'aplicació d'aquestes normes, es defineix com el conjunt d'elements de condició i naturalesa variades que, degudament organitzat, té com a finalitat l'explotació d'una activitat econòmica (empresa-organització). Això exclou, d'entrada, la noció d'empresa com a activitat de l'empresari, que pot ser objecte de transmissió (empresa-activitat).

d'activitat, cosa que no es succeeix, per exemple, si s'ordena prèviament el cessament d'aquesta activitat o la supressió del servei.¹¹⁶

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha remarcat com a criteri decisiu la nota de la identitat, fet que pot apreciar-se si el nou adquirent continua realment l'explotació del transmissor o reprèn l'activitat que aquest desenvolupava, la concurrència de la qual pot resultar de diferents elements, com poden ser el lliurament d'elements corporals i incorporals, la transferència d'activitat o del personal o d'una part essencial del personal (STJCE 24/1985, de 18 de març de 1986, afer Spijkers; 171/1994 i 172/1994, de 7 de març de 1996, afers acumulats Merckx i Neuhuys; 340/2001, de 20 de novembre de 2003, afer Carlito Ablor i d'altres; 460/2002, de 9 de desembre de 2004, afer Comissió contra Itàlia; 232 i 233/2004, de 15 de desembre de 2005, afers acumulats Nurten Güney-Görres i Gul Demir; 458/2005, de 13 de setembre de 2007, afer Jouini i d'altres, i 466/2007, de 12 de febrer de 2009, afer Klarenberg).

5.3. Transmissió dels béns que conformaven l'actiu utilitzat per prestar el servei públic

Així mateix, perquè el mecanisme subrogatori operi, cal que s'esdevingui la transmissió d'una empresa, un centre d'activitat o una unitat productiva que permeti la continuïtat de l'activitat empresarial amb la transferència del conjunt dels factors tècnics, organitzatius i productius que permeten aquesta continuïtat. D'aquesta manera, si juntament amb l'assumpció del servei per part del municipi, es transmeten els béns que conformaven el seu actiu, sembla que no hi ha dubte que el mecanisme de subrogació que preveu l'article 44 ET ha d'operar, sempre que també es donin la resta de requisits que estableixen les normes que la regulen.¹¹⁷

Per contra, en principi i si no va acompanyat de cap substrat material, aquestes previsions no entrarien en joc perquè aquest precepte de la norma laboral indica que el fet que el nou empresari assumeixi els drets i les obligacions laborals de

116. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 89 i s., amb cita de jurisprudència (entre d'altres, la STS de 22 de juliol de 2015), encara que també indica que hi ha altres pronunciaments jurisdiccionals que afirmen l'existència de successió empresarial per reversió o rescat de l'activitat quan es recuperen els béns que constitueixen el substrat objectiu de l'activitat, fins i tot en el cas que el servei no continuï i se n'acordi l'extinció, ja que el contrari seria obrir una porta al frau, perquè això permetria als que utilitzen aquesta forma indirecta de prestar els serveis desprendre's de les plantilles sense cap cost. L'autor (p. 91), amb qui en allò substancial coincideixo, entén que aquest darrer plantejament és discutible per tres motius: per pressuposar que l'acte d'extinció d'un servei és una decisió presa en l'interès propi i no en funció de l'interès general, que ha d'estar orientada pels criteris de sostenibilitat i eficàcia; en segon lloc, per condicionar seriosament la potestat organitzadora de l'Administració; i, finalment, entén que aquesta doctrina no distingeix entre serveis obligatoris i activitats connexes i possibles, de manera que pot acabar imposant a l'Administració la interiorització d'una sèrie de serveis que no es poden considerar propis de l'activitat administrativa, com és ara els serveis de restauració o de cafeteria (a aquest efecte, cita la STSJ de Madrid de 4 de desembre de 2012).

117. Així doncs, en els supòsits en què l'Administració no hagi aportat aquests mitjans, sinó que els hagi aportat l'empresa concessionària, sí que es donarien els supòsits de successió empresarial i, per tant, s'hi haurien de subrogar els contractes laborals. En el cas contrari, si hagués estat l'Administració la que hagués aportat inicialment els elements patrimonials, no es produiria el supòsit que preveu l'article 44 ET si decidís assumir directament la prestació del servei.

l'anterior està condicionada al fet que hi hagi la transmissió «d'una empresa, d'un centre de treball o d'una unitat productiva autònoma». Aquest ha estat, per tant, segons la doctrina clàssica dels nostres tribunals, un element fonamental perquè l'efecte subrogatori tingui lloc en les relacions laborals, a saber: que es faci una «transmissió dels elements patrimonials que configuren la infraestructura i l'organització empresarial bàsica de l'explotació» (STS de 26 juny de 2002).

D'aquesta manera, per tal de precisar la concurrència dels requisits necessaris per a l'aplicació del règim jurídic de la directiva, l'òrgan judicial europeu ha indicat una sèrie de paràmetres que cal tenir en compte, com també les diferents variables de cada cas concret, a saber: «Totes les circumstàncies de fet característiques de l'operació de què es tracta, entre les quals hi ha, en particular, el tipus d'empresa o de centre d'activitat de què es tracti; que s'hi hagin transmès, o no, elements materials com ara els edificis i els béns mobles; el valor dels elements immaterials en el moment de la transmissió; el fet que el nou empresari es faci càrrec, o no, de la majoria dels treballadors; que s'hi hagi transmès, o no, la clientela; i també el grau d'analogia de les activitats exercides abans i després de la transmissió i la durada d'una suspensió eventual d'aquestes activitats. No obstant això, aquests elements només són aspectes parcials de l'avaluació de conjunt que s'ha de fer i, per tant, no es poden valorar aïlladament» (entre d'altres, STJCE 24/1985, de 18 de març de 1986, afer Spijkers; 13/1995, d'11 de març de 1997, afer Süzen; 234/1998, de 2 de desembre de 1999, afer Allen i d'altres; o 460/2002, de 9 de desembre de 2004, afer Comissió contra Itàlia).

En conseqüència, com més elements dels que s'han descrit concorrin en el supòsit de fet que s'analitza més gran serà la probabilitat que es declari l'existència d'una successió d'empreses de les que preveu l'article 44 ET. No obstant això, s'ha de deixar clar que estem en una situació en què, com es pot intuir, cal ajustar-se al cas concret, i per això es produeix la disparitat de resolucions jurisdiccionals que, en uns supòsits, neguen la concurrència dels requisits necessaris,¹¹⁸ mentre que en d'altres els admeten.¹¹⁹

118. Això és el que ha succeït, per exemple, en l'assumpció directa per part de l'Ajuntament del servei de manteniment i vigilància d'un alberg municipal (STSJ de Múrcia de 27 de març de 2007, Rec. 70/2007) o de l'execució del servei públic de neteja que duia a terme anteriorment una empresa concessionària (STS de 17 de juny de 2011, Rec. 2855/2010; STSJ de Madrid de 26 de febrer de 2014, Rec. 1639/2013; STSJ de Castella-la Manxa de 27 de setembre de 2012, Rec. 939/2012; STSJ d'Andalusia/Granada de 22 de maig de 2013, Rec. 670/2013; i de 6 de juliol de 2011, Rec. 1401/2011; STSJ d'Andalusia/Granada de 16 de juliol de 2014, Rec. 1134/2014), o, com a conseqüència de la recuperació dels serveis de piscina i instal·lacions esportives (STSJ de la Comunitat Valenciana de 31 d'octubre de 2012, Rec. 2231/2012) de l'assumpció directa per part de l'Ajuntament del servei de conservació de parcs i jardins (STSJ de Madrid de 4 de novembre de 2013, Rec. 1102/2013).

119. És el cas de la recuperació del servei de guarderia per part de l'Ajuntament (STSJ de Galícia d'1 de setembre de 2005, Rec. 2382/2005) o el que exposa més recentment la STSJ del País Basc de 21 de juliol de 2015 (Rec. 1300/2015), que abordava la reversió del servei de neteja pública viària a l'Ajuntament i que raona que, en el supòsit enjudiciat, l'Ajuntament va assumir tres elements fonamentals del servei de neteja viària de Pasaia. «En primer lloc, va recobrar la disponibilitat sobre les instal·lacions i depenen de la seva propietat les utilitzades en l'execució del servei. En segon lloc, va rebre de l'adjudicatari els elements patrimonials fonamentals de l'explotació, com és ara els vehicles, la maquinària i els equips emprats en la prestació del servei, que aquell havia adquirit i tenien un valor econòmic important, i va haver-li d'abonar, a més, 123.221,35 euros, que és la quantitat que restava per amortitzar de la maquinària comprada per a l'execució del contracte. En tercer lloc, l'ens local va incorporar 12 dels 15 peons adscrits a la contracta. Pel que fa a la presa en consideració d'aquest darrer factor, es pot oposar que l'Ajuntament no va contractar els 12 peons en règim laboral, sinó que els va nomenar funcionaris interins, després de superar les proves selectives convocades a aquest efecte, però

Així doncs, s'ha declarat l'aplicació de l'article 44 ET en casos de reversió de serveis com ara els de gestió i explotació d'un centre residencial o d'un servei de grues municipals, o els d'explotació d'un centre per a gent gran, d'un càmping municipal, d'un palau d'exposicions i congressos, etc., en la mesura que reverteixen a l'ajuntament les instal·lacions, els béns i els elements organitzats necessaris per continuar l'activitat o, si escau, en la mesura en què l'ajuntament continuï prestant el servei amb els mateixos treballadors. I, per contra, s'ha rebutjat l'aplicació de l'article 44 ET quan el rescat o la reversió de la gestió o la prestació del servei públic no va acompanyada de la transmissió a l'ajuntament de l'entitat organitzativa necessària per desenvolupar l'activitat (STJUE de 20-1-2011, C-463/09, afer CLECE).¹²⁰

Certament, el Tribunal de Justícia ha assenyalat, així mateix, que una entitat econòmica pot funcionar, en sectors determinats, sense elements significatius d'actiu material o immaterial, de manera que el manteniment de la identitat de l'entitat, independentment de l'operació de què és objecte, per definició, no pot dependre de la cessió d'aquests elements. Així, el Tribunal de Justícia ha declarat que, en la mesura que, en uns sectors determinats en què l'activitat recolza fonamentalment sobre la mà d'obra, un conjunt de treballadors que exerceix de forma duradora una activitat comuna pot constituir una entitat econòmica, s'ha d'admetre que aquesta entitat pot mantenir la seva identitat fins i tot després de ser transmesa quan el nou empresari no es limita a continuar amb l'activitat de què es tracta, sinó que, a més, es fa càrrec d'una part essencial, quant al nombre i les competències, del personal que l'antecessor destinava especialment a aquesta tasca. En aquest supòsit, el nou empresari adquireix, en efecte, el conjunt organitzat d'elements que li ha de permetre continuar les activitats o algunes activitats de l'empresa cedent de forma estable (vegeu la sentència Süzen, abans esmentada, apartat 21).¹²¹ Més endavant ens hi referirem.

És a dir, i per acabar pel que fa a aquests requisits objectius, cal fer un doble test: un sobre la pervivència de l'activitat, que consisteix a apreciar si després de

davant d'aquesta objecció hi ha diverses circumstàncies que impedeixen atorgar a aquesta dada virtualitat enervadora de la successió empresarial».

120. És cert que, tal com exposa PUEBLA PINILLA, A. DE LA, «Problemas laborales en la "remunicipalización" de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho*, núm. 17 (maig 2016), en algun cas s'ha suscitat la qüestió de si es pot apreciar successió empresarial o no quan el final de la concessió i la decisió de l'Administració pública de continuar prestant el servei directament suposa la reversió a l'Administració pública de les infraestructures o els elements productius que van ser cedits o posats a disposició del concessionari per l'Administració pública mateixa. D'acord amb l'autora:

«No es pot deixar d'advertir que aquesta solució judicial recolza sobre una interpretació que contradiu de manera oberta la doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i del Tribunal Suprem, els quals han reiterat en nombroses ocasions que no cal que cedent i cessionari es transmetin la propietat sobre les instal·lacions, els mitjans o els elements que integren la unitat productiva perquè s'aprecii transmissió d'empresa. El que és rellevant és el canvi en la titularitat dels poders de disposició sobre l'entitat econòmica. El fet que les instal·lacions o les infraestructures pertanyin a l'empresa principal, la que externalitza, i les posi a disposició de l'empresa contractista perquè desenvolupi el servei no ha estat un obstacle per apreciar successió d'empresa. Ans al contrari, aquesta circumstància s'ha considerat determinant per declarar successió d'empresa quan s'externalitza i també quan es recupera el servei externalitzat amb recuperació de les instal·lacions i les infraestructures.»

121. D'aquesta manera, el TJCE, Sala 3a, sentència de 20 de gener de 2011 (núm. C-463/2009, afer CLECE) que es fa ressò d'aquestes circumstàncies al final d'una contracta amb un ajuntament, afirma que la directiva és aplicable al cas, però nega que en aquest cas concret hi hagi successió.

la transmissió l'entitat econòmica continua existint o si la reprèn el nou empresari amb les mateixes activitats o unes altres de similars; el segon, sobre l'apreciació, o no, d'altres elements addicionals com el tipus d'empresa o d'activitat, si el nou empresari es fa càrrec, o no, de la majoria dels treballadors, si s'hi transmeten clients o elements patrimonials, etc. En definitiva, en cada cas concret cal ajustar-se a la concurrència dels elements esmentats per determinar si, com a conseqüència de reordenacions de diversa índole, el personal que presta serveis per al sector públic en una concessionària ha de ser subrogat o no, de quina manera i amb quin abast.

5.4. Els requisits jurisprudencials perquè sigui procedent la subrogació en les relacions laborals

El Tribunal Suprem, en sentència de 5 de març de 2013 (Rec. 3984/2011), fent-se ressò de la doctrina que recullen les sentències de 28 d'abril de 2009 (Rec. 4614/2007) i de 7 de desembre de 2011 (Rec. 4665/2010), en què se citen abundants precedents tant de la jurisprudència comunitària com de la nostra jurisprudència, fa un resum de la doctrina jurisprudencial comunitària i espanyola i distingeix, d'una banda, els punts que es refereixen al fet o l'acte de la transmissió d'empresa i, d'una altra, els relatius a l'objecte de la transmissió.¹²²

Quant a l'objecte de la transmissió en els supòsits de successió d'empresa, el Tribunal Suprem en destaca els següents:

1) L'objecte de la transmissió ha de ser «un conjunt organitzat de persones i elements que permeti l'exercici d'una activitat econòmica que persegueix un objectiu propi».

122. Encara més recentment, la STS de 9 de febrer de 2016 (ROJ: 1039/2016) explicita que, en el cas de les administracions públiques, cal tenir en compte els extrems següents:

«a) quan l'empresa que duia a terme l'activitat del servei de manteniment mitjançant successives contractes amb diferents empreses decideix assumir aquella activitat i fer-la ella mateixa, sense fer-se càrrec del personal de l'empresa contractista, no es pot dir que s'hagi produït una successió d'empresa que es pot enquadrar jurídicament en l'art. 44 ET i en la Directiva 2001/23, de tal manera que els treballadors que deixin de prestar la seva activitat a causa d'aquest fet cal considerar-los acomiadats per l'empresa contractista i no es pot atribuir cap responsabilitat a la principal (STS 06/02/97, Rec. 1886/96; [...] 27/06/08, RCUUD 4773/06; 30/05/11, RCUUD 2192/10; 11/07/11, RCUUD 2861/10; SG 23/09/14, RCO 231/13, FJ 8.C; i SG 17/11/14, RCO 79/14);

b) seguint la mateixa doctrina hem mantingut –quan es tracta d'administracions públiques– que la reversió d'un servei públic des d'una empresa concessionària a una entitat pública, que decideix continuar prestant el servei en qüestió, directament i sense solució de continuïtat, amb la mateixa infraestructura i la mateixa plantilla d'aquesta empresa, comporta l'aplicació de l'article 44 ET (STS 30/05/11, RCUUD 2192/10, per al servei municipal de retirada de vehicles; 26/01/12, RCUUD 917/11, per a servei públic assistencial);

c) però que és difícil sostenir que hi ha successió d'empreses –quan es tracta de contractes administratives– quan ni tan sols s'han reprès els serveis propis de la contracta, ja que “aquesta circumstància, com és lògic, obsta –per principi i d'acord amb la jurisprudència esmentada abans– que es pugui mantenir l'existència de cap successió empresarial ex art. 44 ET” imputable a l'Administració pública (STS 21/04/15, RCO 91/14) (literalment, STS SG 19/05/15 [RCO 358/14], afer “Palau de Congressos”). Aquest criteri coincideix totalment amb la STJCUJ 20/01/2011 [tema “CLECE, SA”], supòsit en què “per tal de dur a terme directament les activitats de neteja de escoles i dependències abans confiades a CLECE, l'Ajuntament de Cobisa va contractar personal nou, i no es va fer càrrec dels treballadors que anteriorment CLECE tenia destinats a aquestes activitats ni de cap dels actius materials o immaterials d'aquesta empresa” [apt. 40], i en què l'Alt Tribunal comunitari va resoldre que “la mera assumptió [...] per l'Ajuntament [...] de l'activitat de neteja encarregada anteriorment a CLECE, no és prou, per si sola, per posar de manifest l'existència d'una transmissió en el sentit de la Directiva 2001/23” [apt. 42]».

2) L'objectiu esmentat «no comporta necessàriament elements significatius d'actiu material o immaterial» i es redueix «en determinats sectors econòmics com els de neteja i vigilància a la mínima expressió», en tant que «l'activitat recolza fonamentalment sobre la mà d'obra».

3) De l'anterior es desprèn que «un conjunt organitzat de treballadors que es troben destinats específicament i de manera duradora a una activitat comuna pot constituir una entitat econòmica [objecte de la transmissió determinant de la successió d'empresa] quan no hi ha altres factors de producció».

4) Per contra, no es considera que hi hagi successió d'empresa «si l'activitat de què es tracta no recolza fonamentalment sobre la mà d'obra, sinó que exigeix material i instal·lacions importants, encara que es produeixi la continuïtat de l'activitat per part d'un nou empresari i aquest assumeixi un nombre important de treballadors de l'anterior».

5) El manteniment de la identitat de l'objecte de la transmissió suposa que l'explotació o l'activitat transmesa «continui efectivament» o que després «es reprengui».

Quant als fets o actes de transmissió, els punts essencials que cal destacar, al parer del Tribunal Suprem, són els següents:

6) L'expressió de l'article 44.1 ET transmissió «d'una empresa, d'un centre de treball o d'una unitat productiva» és equivalent a l'expressió de l'article 1 a) de la directiva comunitària vigent «traspàs d'empreses, de centres d'activitat o de parts d'empreses o centres d'activitat».

7) L'acte o fet de «transmissió d'un conjunt de mitjans organitzats» no requereix necessàriament que hi hagi transmissió d'elements patrimonials del cedent al cessionari.

8) Tampoc no és imprescindible que hi hagi en la transmissió d'empreses o unitats productives una vinculació contractual directa entre el cedent i el cessionari, vinculació o tracte directe que té un valor simplement indicari de l'existència de successió d'empresa;

9) Per tant, es pot produir la cessió o la transmissió d'empreses o unitats productives per mitjà o per mediació d'un tercer propietari, arrendador o propietari de l'obra. Convé destacar dos punts doctrinals més de caràcter general de la jurisprudència en la matèria, que es desprenen en realitat dels anteriors, però que no és sobrer ressaltar per a la solució del cas controvertit o d'altres de semblants.

10) Per determinar en un supòsit concret si es reuneixen els requisits necessaris per a la transmissió d'una empresa o unitat productiva «cal prendre en consideració totes les circumstàncies de fet característiques de l'operació de què es tracti», entre els quals hi ha «el tipus d'empresa o de centre d'activitat de què es tracti», «el fet que s'hi hagin transmès, o no, elements materials, com ara edificis o béns mobles», «el valor dels elements immaterials en el moment de la transmissió», «el fet que el nou empresari es faci càrrec, o no, de la majoria dels tre-

balladors», «que s'hi hagi transmès, o no, la clientela», «el grau d'analogia de les activitats exercides abans i després de la transmissió» i «la durada d'una suspensió eventual d'aquestes activitats».

11) L'obligació de subrogació en les relacions de treball («successió d'empresa») generada en els supòsits normatius ressenyats de la normativa comunitària i de l'article 44 ET opera per imperatiu de la llei (*ope legis*), i no requereix que hi hagi un acord exprés entre les parts del contracte de treball.

6. La successió de plantilles

En l'anàlisi duem a terme singularitzem aquest supòsit, que en realitat no és més que una variable jurisprudencial del que hem exposat anteriorment, el significat de la qual es tradueix en el fet que pot constituir una entitat econòmica, quan no hi ha altres factors de producció o, fins i tot, quan n'hi ha però no són rellevants, un conjunt organitzat de treballadors que estan destinats específicament i de manera duradora a una activitat comuna. És a dir, i com ja hem apuntat, estem davant d'una matisació dels requisits assenyalats en l'apartat anterior molt vinculada a les disposicions establertes en seu convencional.¹²³

Fins a aquest moment, la situació derivada de la jurisprudència de la Sala Social del Tribunal Suprem des de la sentència de 13 de març de 1990 era que «ni la contracta ni la concessió administrativa són unitats productives, als efectes del reiterat article 44 ET, excepte si es lliura al concessionari o al contractista la infraestructura o l'organització empresarial bàsica per a l'explotació, de manera que, en general, no es tracta d'una successió d'empreses regulada en el precepte esmentat, sinó que la successió d'empreses contractistes de serveis, en no tenir la successió d'un suport patrimonial, no té més abast que el que estableixen les normes sectorials corresponents». En el cas contrari, l'única cosa que s'esdevé «és la fina-

123. En una opinió que compartim, LAHERA FORTEZA, J., «La intersección entre las cláusulas convencionales de subrogación contractual y la transmisión de empresa del art. 44 ET en las sucesiones de contratos (STS 12 de julio de 2010, Rec. 2300/2009 y STJUE 20 de enero de 2011, asunto C-463/09)», *Relaciones Laborales*, núm. 19 (secció «Comentarios de jurisprudencia», quinzena de l'1 al 15 oct. 2011, tom 2, any 27), p. 789, posa en relleu aquest aspecte i assenyalava que: «La remissió que la jurisprudència fa de la successió de plantilles al règim de la transmissió d'empresa té el risc de confondre els efectes jurícolaborals d'una determinada successió de contractes amb la definició del supòsit de fet ideada per l'art. 44 ET. La definició de l'art. 44 ET és literalment orgànica, ja que l'apartat 2 abraça les transmissions de "mitjans organitzats" per tal de dur a terme l'activitat econòmica transmesa totalment o parcialment. El disseny de clàusules convencionals de subrogació en successions de contractes en què no es transmeten "mitjans organitzats" permet ampliar l'efecte subrogatori a un supòsit de fet que la llei no planteja. L'operació jurisprudencial d'estendre les garanties de la Directiva 2001/23 i de l'art. 44 ET a aquests supòsits, al meu parer, no altera la definició legal del precepte, ja que això suposaria una extralimitació judicial forçada, sinó que aplica uns efectes jurídics determinats a supòsits en què, en unes activitats determinades, es traspasa una part essencial de la plantilla en virtut de la subrogació convencional mateixa. La subrogació activa aquests efectes, però no converteix la successió de contractes sense "mitjans organitzats" en un supòsit de l'art. 44.2 ET perquè, precisament, aquest precepte exigeix la presència d'aquest element orgànic. Sembla absurd plantejar que els treballadors exerceixen de "mitjans organitzats" que transformen una successió de contractes en una transmissió de l'art. 44.2 ET, de manera que, si no hi ha mitjans organitzats en l'operació mercantil, no es produeix un supòsit de fet legal de transmissió empresarial. La jurisprudència pot estendre, en clau garantista o teleològica, els efectes de l'art. 44 ET a clàusules convencionals que traspassen plantilles en successions de contractes, però no pot forçar ni canviar la clara definició orgànica del precepte».

lització d'una contracta que s'extingeix pel transcurs del termini de concessió o adjudicació i l'entrada d'un nou ocupador –tant si és un nou contractista o l'empresari principal a qui reverteix el servei o l'activitat– que no té cap lligam amb l'anterior per cap títol translatiu pel que fa als elements materials i organitzatius de l'empresa». Dit d'una altra manera, la jurisprudència entenia que en l'encadenament de contractes realment no hi ha transmissió, sinó la finalització d'una i el començament d'una altra de diferent, «encara que materialment la contracta sigui la mateixa en el sentit que els serveis prestats continuen sent els mateixos». I, també s'ha d'advertir, aquesta doctrina es continua aplicant (per totes, les sentències de la Sala Social del Tribunal Suprem de 19 setembre de 2012 [RJ 9985] i de 12 de febrer de 2013 [RJ 2119]).

Fins a dates ben recents, tradicionalment la jurisprudència majoritària havia defensat una noció d'empresa entesa com a organització i no tant com a activitat de l'empresari. Això suposava, especialment en els casos d'empreses de serveis sense elements patrimonials rellevants necessaris per a la seva prestació, l'aplicació estricta de la noció d'«empresa-organització» que era determinant amb vista a excloure l'existència de transmissió d'empresa en els casos de successió de contractistes, en no verificar-se el traspàs d'elements de l'actiu.

Doncs bé, aquesta doctrina, consolidada al llarg dels anys, actualment s'ha de matisar en virtut de l'anomenada «successió de plantilles», l'aplicació de la qual a la successió de contractes la jurisprudència ha estès quan el suport essencial de l'activitat econòmica que es desenvolupa és, precisament, la mà d'obra transferida. D'aquesta manera, els tribunals espanyols es van veure en la necessitat d'incorporar-hi el tipus d'empresa o de centre d'activitat de què es tracta (empresa industrial, de serveis, etc.) com a element de judici rellevant a l'hora de determinar l'existència de transmissió d'empresa i, en particular, arran de la línia jurisprudencial iniciada amb el cas Süzen, de tenir en compte l'element de la transmissió de plantilla, és a dir, el fet de si el nou concessionari s'ha fet càrrec, o no, d'una part essencial, pel que fa al nombre i la competència, dels treballadors que l'antecessor destinava al compliment de la seva contracta.

Precisament, en la STJUE de 20 de gener de 2011 (afer C-463/09) ja esmentada, valora els sectors en què la mà d'obra és l'element essencial que sustenta l'activitat de què es tracta, i indica que, en aquests casos, «un conjunt de treballadors que exerceix de forma duradora una activitat comuna pot constituir una entitat econòmica, s'ha d'admetre que aquesta entitat pot mantenir la seva identitat fins i tot després de la seva transmissió quan el nou empresari no es limita a continuar amb l'activitat de què es tracta, sinó que a més es fa càrrec d'una part essencial, pel que fa al nombre i les competències, del personal que l'antecessor destinava especialment a aquesta tasca». Aquesta doctrina ja la contenia la STJCE de 17 de març de 1997 (cas Süzen, afer C-13/1995, en un assumpte sobre neteja d'interiors). I en la mateixa sentit es van pronunciar les STJCE de 2 de desembre

de 1999, afer Allen; de 24 de gener de 2002, afer C-51/00; de 20 de novembre de 2003, afer Sodexho. I, en la nostra jurisprudència, cal citar també les STS de 29 de maig de 2008, de 27 de juny de 2008 i de 28 d'abril de 2009.

Així doncs, a tall d'exemple, en determinats sectors econòmics, com són els de la neteja i de la vigilància, els elements patrimonials es consideren pràcticament anecdòtics, ja que la circumstància veritablement rellevant a l'hora de qualificar i definir el servei és la mà d'obra, de manera que un conjunt organitzat de treballadors que estan destinats específicament i de manera duradora a una organització comuna poden constituir una activitat econòmica quan no hi ha factors de producció, i la plantilla ha de ser assumida per l'empresa adquirent en els sectors en què la unitat de producció és essencialment la mà d'obra. Segons la doctrina que s'exposa, resulta perfectament possible deduir que les activitats públiques gestionades indirectament constituïrien, en si mateixes, una unitat productiva, en sentit funcional i tècnic, amb l'objectiu de prestar un servei públic definit i delimitat, amb la conseqüència necessària que un canvi subjectiu en el seu exercici integraria el supòsit de fet de l'article 44 ET, i amb això actuaria l'efecte subrogatori en les relacions laborals de qui es fa càrrec del servei objecte de concessió.

Aquesta interpretació extensiva que al seu dia va esbossar el TJUE –que ha estat esmenada de manera significativa en pronunciaments posteriors– ha estat també assumida pel Tribunal Suprem per als supòsits en què el nou empresari es fa càrrec de manera significativa pel que fa a la qualitat i el nombre d'una part del personal de l'ens anterior, sense que el fet que no s'hi hagin aportat elements materials desvirtui la qualificació del que ha passat per a aquells sectors que no exigeixin material i instal·lacions importants, sinó que descansen essencialment a la mà d'obra. En aquest sentit, en primer lloc,¹²⁴ la doctrina i, a continuació, també els tribunals espanyols van fer seva aquesta opinió i, deixant de banda la doctrina consolidada anteriorment,¹²⁵ van admetre aquesta noció funcional, també anomenada successió de plantilles, però amb les mateixes conseqüències que la successió d'empreses,¹²⁶ que recolza sobre la idea que en aquells supòsits en què el nou empresari es fa càrrec en termes significatius de qualitat i nombre d'una part del personal de l'antic ens administratiu, el fet que no s'hi hagin aportat elements

124. Només cal indicar el treball excel·lent de MONEREO PÉREZ, J. L., «Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y en las concesiones administrativas», *Relaciones Laborales*, 1986, tomo II, p. 68.

125. Per totes, podeu veure la STS, Social, de 16 de juliol de 2003 (RJ 6113), encara que, com a més recent, també es pot al·ludir la STS, Social, de 27 de gener de 2015 (JUR 68338).

126. La doctrina de la successió de plantilles la va forjar la jurisprudència comunitària (sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea d'11 de març de 1997, afer C-13/95, Süzen; de 10 de desembre de 1998, afers acumulats C-127/96, C-229/96 i C-74/97, Sánchez Hidalgo Hernández Vidal; de 24 de gener de 2002, afer C-51/00, Temco Services Industries; i de 20 de novembre de 2003, afer C-340/2001, Abler, entre d'altres) i a Espanya la va assumir la Sala Social del Tribunal Suprem en sentències de 20 i 27 d'octubre de 2004 (RJ 7162 i RJ 7202) i va ser confirmada posteriorment per moltes altres (STS de 28 d'abril de 2009 [RJ 2997] i 7 de desembre de 2011 [RJ 2012/106], referents als casos del canvi d'adjudicatària en la contracta de reactius de càncer als hospitals del Servei Andalús de Salut).

materials no desvirtua la qualificació del que ha passat per a aquells sectors que no exigeixen material ni instal·lacions importants, sinó que recolzen essencialment sobre la mà d'obra.¹²⁷

Tal com hem exposat, aquesta doctrina ha estat seguida pels tribunals espanyols, i en són una mostra la STSJ de Canàries (Las Palmas) de 16 gener de 2009 (Rec. 129/2008) i la STS de 7 desembre 2011 (Rec. 4665/2010),¹²⁸ de tal manera que els nostres tribunals van haver-hi d'incorporar el tipus d'empresa o de centre d'activitat de què es tracta (empresa industrial, de serveis, etc.) com a element de judici rellevant a l'hora de determinar l'existència de transmissió d'empresa i, en particular, arran de la línia jurisprudencial iniciada amb el cas Süzen, de tenir en compte l'element de la transmissió de plantilla, és a dir, el fet de si el nou concessionari s'ha fet càrrec, o no, d'una part essencial, pel que fa al nombre i la competència, dels treballadors que l'antecessor destinava al compliment de la seva contracta. Certament, i cal fer-ho palès, no sense algunes vacil·lacions.¹²⁹

Si bé es parteix que l'aplicació del mecanisme subrogatori no opera en els supòsits en què el canvi de titularitat en la gestió del servei públic no vagi acompanyat de la transmissió d'un conjunt d'elements organitzats dotats d'autonomia productiva, llevat que la subrogació estigui imposada pel conveni col·lectiu aplicable –per exemple, el que disposa l'article 12 III CU del personal laboral de l'AGE–, la

127. Els requisits per als canvis d'adjudicatària en contractes els va establir d'una manera clara la sentència del Tribunal Suprem de 5 de març de 2013 (RJ 3649), referent al «test de la successió de plantilles». La Sala exposa que «en el supòsit particular de successió de contractes o concessions amb successió de plantilles es caracteritza per la presència de les relacions i de les circumstàncies entre persones físiques i/o jurídiques següents: (a) una empresa contractista o adjudicatària de serveis succeeix a l'empresa que exercia anteriorment aquests serveis per compte o a favor d'un tercer; (b) la successió de contractes o adjudicacions s'ha produït pel fet que l'empresa o l'entitat comitent ha decidit donar per acabada la seva relació amb l'empresa sortint, i ha encarregat a l'entrant serveis o activitats substancialment iguals als que desenvolupava la contractista anterior; (c) l'empresa entrant ha incorporat a l'acompliment de la contracta una part important, qualitativament o quantitativament, de la plantilla de treballadors de l'empresa sortint; i (d) l'actiu principal per a l'exercici dels serveis és la mà d'obra organitzada o l'organització en la feina».

En aquest cas concret, i com a conseqüència de l'anàlisi d'aquests requisits, la Sala declara que hi ha successió d'empreses perquè es va contractar 14 dels 19 empleats i es va traspasar l'activitat sense que l'organització del treball experimentés una variació substancial i sense que els serveis prestats fossin substancialment diferents.

128. Més recentment, RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., «Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos. La aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones», *Trabajo y Derecho*, núm. 29 (2017), s'ha mostrat crítica amb aquesta doctrina perquè entén que aquesta interpretació judicial (excepcional) no deixa de ser criticable atès que, d'acord amb el que han anat assenyalat majoritàriament els tribunals espanyols a la llum dels termes estrictes de l'article 44 TRET, en una doctrina sòlida, «el que és decisiu perquè hi hagi subrogació empresarial no pot raure en el fet que el titular continuï el servei o l'activitat que és objecte de concessió administrativa i assumeixi el personal, cosa que pot dependre únicament de la seva voluntat, sinó que tingui la possibilitat de fer-ho. Allò suposaria obrir una ampla porta al frau, ja que permetria [...] desprendre's en qualsevol moment de la plantilla sense cap cost diferent del pagament de la indemnització, i recuperar els béns que constitueixen el *substratum* objectiu de l'empresa», i ha d'imparar el criteri més segur que recull el precepte estatutari.

129. D'aquesta manera, la STS de 20 d'octubre de 2004 (RJ 7162/2004) argumenta que: «Difícilment, segons el parer d'aquesta Sala, l'assumpció de la plantilla pot ser un criteri vàlid per determinar l'existència d'una transmissió d'empresa, amb els efectes que se'n deriven en el nostre ordenament. La primera dificultat consisteix que l'efecte de la transmissió és precisament l'assumpció de la plantilla de l'empresa cedent per la cessionària, de manera que, en principi, no es pot transformar aquest efecte en la causa determinant de la transmissió. En realitat, la incorporació "total o parcial" de la plantilla que es produeix en aquests casos no té res a veure amb la transmissió d'un establiment empresarial, sinó que es tracta de decisions de l'autonomia privada o de l'autonomia col·lectiva que s'orienten a fer una contractació nova de treballadors amb experiència prèvia en l'activitat que continua, o bé a establir unes garanties addicionals per al personal de l'empresa sortint per tal d'evitar que l'acabament de la contracta els suposi l'entrada en la desocupació, com ha estat el cas de les garanties contingudes en determinats convenis col·lectius sectorials, entre els quals poden citar-se els de neteja i seguretat».

veritat és que, tal com hem exposat, aquesta tesi restrictiva s'ha anat modulant després dels pronunciaments del TJUE que recollien,¹³⁰ d'acord amb la Directiva 2001/23, de 12 de març, aquesta noció funcional de la transmissió en comptes de centrar l'atenció només en la concepció d'empresa com a organització, de conformitat amb la qual «aquesta entitat econòmica organitzada, si bé ha de ser prou estructurada i autònoma, no comporta necessàriament elements significatius d'actiu material o immaterial».¹³¹

D'aquesta doctrina judicial es desprèn que els requisits necessaris perquè aquest mecanisme sigui operatiu són els següents:

— Ha de produir-se en sectors en què l'activitat recolzi fonamentalment sobre la mà d'obra (STJCE d'11 de març de 1997, afer Süzen; i de 10 de desembre de 1998, afers Sánchez Hidalgo i Hernández Vidal).

— És necessària l'existència d'una continuïtat en la relació amb la plantilla pre-existent («identitat de plantilla») (STJUE de 20 de gener de 2011, Ajuntament de Cobisa i María Socorro Martín Valor, afer 463/2009).

— S'ha d'assumir, «de manera duradora», una part significativa, en termes quantitius i/o qualitius, de la plantilla (STS de 7 de desembre de 2011, RJ 106/12 i de 28 de febrer de 2012, RJ 4026).¹³²

— Voluntarietat en l'assumpció dels treballadors que recullen de manera expressa els pronunciaments jurisdiccionals: «[...] obeeix a la seva decisió o convenció» (STS de 7 d'abril de 2016, Rec. 2269/2014); «Queda en mans de l'em-

130. REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. i SERRANO OLIVARES, R., *op. cit.*, p. 228, exposen, en relació amb aquest tema, que, concretament, pel que fa a l'element de la transferència de personal o, en altres termes, al fet que l'empresari nou es faci càrrec de la majoria dels treballadors o no, convé indicar que és un element que de seguida apareix esmentat en l'afer Spijkers com a criteri que cal prendre en consideració a l'hora de valorar l'existència d'una entitat econòmica. No obstant això, és cert que fins l'afer Süzen aquest element no s'havia arribat a aplicar a un supòsit de successió de contractistes en la mateixa activitat com a element determinant per valorar si es produeix una transmissió. En el cas esmentat, el TJCE va assenyalar que la directiva no s'aplica a una situació de successió de contractistes en el servei de neteja d'unes instal·lacions si l'operació no va acompanyada d'una cessió d'elements significatius de l'actiu material o immaterial «ni l'empresari nou es fa càrrec d'una part essencial, en termes de nombre i de competències, dels treballadors que l'antecessor destinava al compliment de la contracta». Amb aquest plantejament, el TJCE limita el marge d'apreciació dels jutges i els tribunals nacionals per valorar la concurrència d'una transmissió d'empresa en els supòsits d'empreses de serveis, atès que concep l'element del traspàs de plantilla com a particularment rellevant en aquesta tasca d'interpretació.

131. Amb relació a aquest punt podeu veure GARATE CASTRO, J., «Descentralización productiva por medio de contratadas de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas», *Actualidad Laboral* (2004, tomo I), p. 1053.

132. PUEBLA PINILLA, A. DE LA, «Problemas laborales...», *op. cit.* (nota a peu de pàgina 19), assenyala que, en aquest sentit, cal compaginar les dades referides a l'activitat de l'empresa (tipus, llocs i formes de la prestació), el nombre i el percentatge de treballadors que prestaven serveis a la plantilla antiga i que continuen fent-ho a la nova, i també els elements qualitius relatius a la identitat dels treballadors amb facultats directives o de comandament o amb qualificacions professionals específiques. S'ha entès que és significatiu, sense necessitat de cap altra dada afegida, que l'empresa nova assumís dos treballadors sobre un total de sis (STS 25-1-2006). Igualment, s'ha afirmat que «[...] el fet que la recurrent ha donat ocupació a 36 dels 46 treballadors que la contractista anterior ocupava en l'activitat, i un dels contractats és l'encarregat general del control de personal i distribució de treballs, revela que el conjunt de treballadors ocupats constitueix una unitat econòmica que té la seva pròpia entitat perquè l'activitat recolza fonamentalment sobre la mà d'obra. Per això, ens trobem davant d'un supòsit del que s'anomena "successió de plantilles", sense que el fet que la recurrent hagi aportat maquinària pròpia i elements materials desvirtui el que s'ha dit, perquè no s'ha provat la importància d'aquestes aportacions materials, mentre que sí que consta el valor del factor humà, ja que es va donar ocupació al 80 per 100 de la plantilla anterior, al mateix temps que els treballs de jardineria, mudances, peonatge, control d'accés i de circulació, com també els de facturació, no requereixen en general una gran inversió en mobles i màquines, sinó, principalment, en capital humà» (STS 7-12-2011 i 28-2-2012).

presa entrant [...] assumir o no el total o la major part de la plantilla» (STS de 22 de setembre de 2016, Rec. 1438/2014).

En tots aquests casos, *mutatis mutandis*, es produeix el mateix negoci jurídic que es dona en la major part dels supòsits de remunicipalització de serveis públics.¹³³ Però la veritat és que les coses estan lluny de ser tan diàfanes i aquest mecanisme, que també opera *ex lege*, ha vist matisada la seva factibilitat pel TJUE mateix, que en jurisprudència recent, qüestiona aquestes primeres resolucions que no limitaven el mecanisme subrogatori quan, per les característiques del servei, el que es traspassava era essencialment personal (a tall d'exemple, perquè és molt significatiu, els serveis de neteja). D'aquesta manera, i com apunta RODRÍGUEZ ESCANCIANO,¹³⁴ el Tribunal Europeu mateix, en pronunciaments més recents, ha matisat el contingut fonamental d'aquesta noció funcional, entenent que l'ampliació del radi d'acció normativa de les garanties de la transmissió d'empresa davant un contracte administratiu més enllà del que correspon a l'aplicació de la Directiva 2001/23 podria arribar a ser considerada restrictiva de la lliure competència. D'aquesta manera, la STJUE de 20 de gener de 2011 (que se suscita a petició de decisió prejudicial plantejada pel Tribunal Superior de Justícia de Castella-la Manxa) declara que aquesta noció no s'aplica a una situació en la qual un ajuntament, que havia encarregat la neteja de les seves dependències a una empresa privada, decideix posar fi al contracte subscrit amb aquesta empresa i fer els treballs de neteja de les dependències per si mateix, per a la qual cosa contracta nou personal, ja que es tracta d'un sector intensiu en mà d'obra en què l'ens municipal no ha assumit part de la mà d'obra.

A aquests qüestionaments de caràcter general hem d'afegir els dubtes que plantegen aquests supòsits de successió de plantilles en el sector públic. Tal com hem exposat, s'exigeixen diversos requisits, però n'hi ha un, l'assumpció voluntària d'una part important de la plantilla, com una decisió unilateral de l'Administració, sense més, i sense que hi hagin de concórrer els requisits establerts per a la successió d'empreses, que és, com a mínim, qüestionable que pugui esdevenir-se en el sector públic amb caràcter general i respecte de tots els subjectes que el componen, atesos els principis i els límits que l'actuació dels subjectes pú-

133. El fet que es tracti d'una decisió unilateral no desvirtua que estiguem en presència d'aquesta figura (STJUE de 19 de maig de 1992, Redmond Stichting, C29/91, apartats 15 a 17; i de 14 de setembre de 2000, Collino i Chiappero, C343/98, apartat 34; i de 29 de juliol de 2010, C-151/09, Federació de Serveis Públics de la UGT (UGT-FSP) i Ajuntament de La Línea de la Concepción, María del Rosario Vecino Uribe, apartat 25).

En el dret espanyol podeu veure, per d'exemple, les STS de 30 de maig de 2011, Rec. 2192/2010, i de 26 de gener de 2012, Rec. 917/2011, i així s'ha declarat amb l'assumpció d'una llar d'avis per part d'un ajuntament (STSJ d'Extremadura d'11 de desembre de 2014, Rec. 483/2014), o d'un càmping municipal (STSJ d'Andalusia/Sevilla, de 13 de gener 2009, Rec. 1252/2008).

134. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La remunicipalització...», *op. cit.*, també es fa ressò de la STJCE de 26 de novembre de 2015 (petició de decisió prejudicial plantejada pel Tribunal Superior de Justícia del País Basc), Adif / Algeposa Terminales Ferroviarios SL (afer C-509/2014), en què sí que es va admetre la subrogació en una situació en la qual una empresa pública (Adif), titular d'una activitat econòmica de manipulació d'unitats de transport intermodal, confia l'explotació d'aquesta activitat a una altra empresa mitjançant un contracte de gestió de serveis públics i posa a la seva disposició les infraestructures i l'equipament necessaris dels quals és la propietària, i posteriorment decideix posar fi a aquest contracte sense assumir el personal d'aquesta última empresa perquè, en endavant, ella mateixa explotarà aquesta activitat amb el seu propi personal.

blics presenta per a la incorporació a les plantilles i als llocs de treball de treballadors externs.¹³⁵

La qüestió, com es pot deduir, fins al moment no s'ha resolt ni pacíficament ni definitivament, ja que la prevalença d'una tesi o de l'altra –admetre o no aquest concepte funcional i amb quina amplitud– serà determinant per garantir l'estabilitat en l'ocupació dels treballadors afectats per aquests processos de remunicipalització de serveis públics, o bé, per contra, en absència de subrogació, perquè s'hagi de recórrer als mecanismes previstos per als acomiadaments col·lectius.

135. PUEBLA PINILLA, A. DE LA, «Problemas laborales...», *op. cit.*, també fa matisacions a l'aplicabilitat d'aquests supòsits a les administracions públiques. Aquesta autora opina que en els supòsits en què aquesta obligació prové del conveni col·lectiu o dels plecs de condicions, no vincularien l'Administració.

7. La subrogació en les relacions laborals per la via convencional

La subrogació en les relacions laborals dels treballadors també, com ja hem apuntat, pot derivar del conveni col·lectiu aplicable, sobretot en els sectors de l'activitat caracteritzats per la prestació de serveis amb poc suport material. Pel que fa als supòsits que afecten a les administracions públiques, això s'esdevé quan el conveni col·lectiu aplicable a la nova adjudicatària i a l'anterior imposa a l'empresa entrant l'obligació de subrogar-se en els empleats adscrits a la contracta. Tot i que, com apunta MAURI, és cert que cal matisar que aquesta subrogació té efectes i abast diferents dels que estableix la subrogació legal, ja que només opera en els termes i amb l'abast que estableix la clàusula convencional i sempre subjecta als límits, les formalitats i el lliurament de la documentació pertinent.¹³⁶

Es tracta de clàusules convencionals, en virtut de les quals el gestor del servei públic entrant està obligat a incorporar a la seva plantilla els treballadors adscrits a la concessió per l'anterior adjudicatari i a garantir-los així la continuïtat en l'ocupació, de manera que, com que no hi ha una regla general ni de subrogació ni de no subrogació, el dret que reconeix el conveni col·lectiu no ha de tenir connotacions ni més o menys excepcionals que qualsevol altre dret que reconegui. Per tant, en aquest cas, no es tracta d'analitzar si hi concorren les condicions legals de subrogació o no, sinó d'ajustar-se a l'acatament i el compliment de les disposicions convencionals.¹³⁷

136. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 92

137. La sentència de la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 13 de gener de 2012 analitza els supòsits en què es pot produir això, alguns dels quals afecten el sector públic: «Així, en el nostre dret col·lectiu, els sectors que regulen la subrogació en els convenis col·lectius nacionals són assistència, atenció, diagnòstic, rehabilitació i promoció de minusvàlids; assistència en terra als aeroports (*handling*); atenció a les persones dependents i desenvolupament de la promoció de l'autonomia personal; captació, elevació, conducció, tractament, depuració i distribució d'aigües; construcció; *contact center*; contractes ferroviàries; empreses concessionàries i privades d'aparcaments de vehicles; lliurament a domicili; hostaleria; instal·lacions esportives; joc del bingo; neteja d'edificis i locals; neteja pública, viària, regs, recollida, tractament i eliminació de residus, neteja i conservació de clavegueram; manteniment de cabines, suports i telèfons d'ús públic; ports de l'Estat i autoritats portuàries; regulació d'estacionament limitat de vehicles a la via pública; repartiment sense direccional; seguretat; transports de malalts i accidentats en ambulàncies. A més, hi ha una relació de sectors que regulen la subrogació en els seus convenis sectorials autonòmics i/o provincials».

El problema d'aquestes clàusules convencionals en favor del traspàs de treballadors en el supòsit de successió de contractes es complica quan la gestió del servei reverteix a l'Administració o un altre ens públic que en depengui, atès que aquesta regulació convencional només pot afectar les empreses incorporades a l'àmbit personal del conveni, però mai a ocupadors que no hi estiguin inclosos; és a dir, el conveni col·lectiu «ni pot contenir clàusules obligacionals que afectin els qui no són part en la negociació ni, en el contingut normatiu, pot establir condicions de treball que hagin de ser assumides per empreses que no estiguin incloses en el seu àmbit d'aplicació», raó per la qual la subrogació incorporada a una norma paccionada –per exemple, un conveni sectorial–, en principi, no obligaria l'Administració, llevat que aquesta fos signada per l'òrgan públic amb l'assumpció del compromís, en els casos de reversió, de mantenir les relacions de treball subscrites amb l'antiga concessionària (entre moltes altres, podeu veure la STS de 22 de maig de 2000).¹³⁸

A més, la veritat és que, en general, en la negociació col·lectiva espanyola, la subrogació convencional s'ha vist sotmesa a diversos condicionants pels quals, en realitat, acaba sent una subrogació d'efectes molt més limitats del que es podria pensar en principi. Entre d'altres, els més freqüents són: l'exigència d'un temps d'adscripció del treballador al servei;¹³⁹ l'establiment d'obligacions formals d'informació a càrrec de l'empresa que perd la contracta, l'incompliment de les quals comporta la inaplicació de la garantia subrogatòria,¹⁴⁰ de manera que es limiten els efectes propis de la transmissió a la incorporació a la nova empresa, sense que s'esdevingui una subrogació empresarial, alhora que s'exclou la responsabilitat solidària de l'empresa entrant pels deutes pendents en el moment de la subrogació convencional, etc.

138. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos...», *op. cit.*, p. 6. Tal com expressa aquesta autora, encertadament, «aquestes clàusules convencionals a favor del traspàs de treballadors en el supòsit de successió de contractes, no obstant això, no es poden aplicar quan la gestió del servei reverteix a l'Administració o un altre ens administratiu, ja que aquesta regulació convencional podria afectar únicament les empreses incorporades a l'àmbit personal del conveni, però mai els ocupadors que no hi estiguin inclosos [...] l'empresa concessionària o contractista és, doncs, qui ha de procedir a l'extinció dels contractes i l'abonament de les indemnitzacions». En el mateix sentit, i sistematitzant els arguments utilitzats per la jurisprudència, podeu consultar MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 93.

139. D'aquesta manera es vol evitar una adscripció indiscriminada de treballadors en un moment temporalment pròxim al de la pèrdua de la contracta. En aquest sentit, el Tribunal Suprem, en sentència de 8 de juny de 1998 (RJ 6693), ha precisat que «la norma sectorial ha de ser interpretada restrictivament, ja que constitueix una excepció a la regla general i, en aquest sentit, quan exigeix que els set mesos immediatament anteriors a la successió a la contracta o la concessió el treballador hi estigui destinat, llevat de les absències reglamentàries, s'ha d'aplicar literalment, de manera que no es pot incloure en aquest període de permanència l'absència del treballador durant un mes en què va estar destinat a un altre local, del qual va retornar després».

140. El Tribunal Suprem, en sentència de 30 de setembre de 1999 (RJ 9100), estableix pel que fa a aquests casos que «en els supòsits en què no es produeix una transmissió d'empresa en els termes de l'article 44 ET, la subrogació empresarial pot tenir lloc amb fonament en el conveni col·lectiu aplicable, als pressupostos, extensió i límits del qual cal ajustar-se, de manera que, a partir de l'incompliment per part de l'empresa sortint de les obligacions essencials d'informació a l'entrant, necessàries perquè es produeixi la subrogació, cal negar l'existència de subrogació, i garantir, en tot cas, l'ocupació dels treballadors pel manteniment de la relació laboral amb l'empresa sortint». No obstant això, tal, com ha matisat el Tribunal Suprem mateix, en sentència de 28 de juliol de 2003 (RJ 782), «la subrogació pot operar fins i tot quan la documentació no està totalment completa, sempre que no es tracti de falta de documentació imprescindible per informar sobre les circumstàncies professionals dels treballadors afectats i per justificar que s'han atès les seves obligacions dineràries i de la Seguretat Social».

Cal reiterar que en aquests supòsits l'obligació no deriva de l'article 44 ET, atès que no és aplicable als contractes de serveis subscrits per les administracions públiques, davant la falta d'identitat del concepte «unitat productiva», ja que en aquest tipus de contractes preval la tasca dels treballadors i no es pot parlar d'una «transmissió» d'empresa, que és la que té en compte l'article 44 esmentat reiteradament.

En aquest sentit es pronuncia la Sala Social del Tribunal Suprem, en la sentència 888/2014, de 25 de febrer de 2014 (Rec. 646/2013), per a la qual:

I per desestimar el recurs tenim prou amb remetre'ns al que ja s'ha resolt, entre moltes altres amb el mateix signe, en les STS de 19 de setembre (R. 3056/2011) i 2 d'octubre de 2012 (R. 2698/11), en què, entre altres coses, recordàvem que el mecanisme successori operant entre les empreses de neteja, de seguretat o de gestió de diversos serveis públics no és el que preveu l'article 44 del ET, ja que «ni la contracta ni la concessió administrativa són unitats productives autònomes als efectes de l'article 44 ET, llevat que es lliuri al concessionari o al contractista la infraestructura o l'organització empresarial bàsica per a l'explotació».

Aquesta circumstància es veu reforçada pel que disposa l'article 85 TRLCSP, amb la rúbrica «Supòsits de successió del contractista», que regula els supòsits en què hi ha una autèntica successió d'empreses de l'article 44 ET, mentre s'executa l'obligació que prové del contracte, continuant el contracte mateix. Aquí sí que hi ha una subrogació *ex lege*:

En els casos de fusió d'empreses en els quals participi la societat contractista, continua el contracte vigent amb l'entitat absorbent o amb la resultant de la fusió, que queda subrogada en tots els drets i obligacions que en dimanin.¹⁴¹

I és que, com recorda la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en el seu Informe 58/09, de 26 de febrer de 2010, «Obligació de subrogar-se en les relacions laborals preexistents»:

L'obligació de subrogar-se en les relacions laborals derivades de l'execució d'un contracte, quan un contractista nou hi succeeix un altre, no deriva del contracte mateix, sinó de les nor-

141. La Llei de contractes del sector públic recull, en l'article 98, aquesta previsió i estableix que:

«1. En els casos de fusió d'empreses en els quals participi la societat contractista, continua el contracte vigent amb l'entitat absorbent o amb la resultant de la fusió, que queda subrogada en tots els drets i obligacions que en dimanin. Igualment, en els supòsits d'extinció, aportació o transmissió d'empreses o branques d'activitat d'aquestes, continua el contracte amb l'entitat a la qual s'atribueixi el contracte, que queda subrogada en els drets i obligacions que en dimanin, sempre que reuneixi les condicions de capacitat, absència de prohibició de contractar, i la solvència exigida en acordar-se l'adjudicació o que les diverses societats beneficiàries de les operacions esmentades i, en cas de subsistir, la societat de la qual provinguin el patrimoni, empreses o branques segregades, es responsabilitzin solidàriament amb aquella de l'execució del contracte. Si no es pot produir la subrogació perquè l'entitat a la qual s'atribueixi el contracte no reuneix les condicions de solvència necessàries, el contracte s'ha de resoldre el contracte i s'ha de considerar a tots els efectes com un supòsit de resolució per culpa de l'adjudicatari. A aquest efecte, l'empresa ha de comunicar a l'òrgan de contractació la circumstància que s'hagi produït.

2. Quan el contractista inicial és una unió temporal d'empreses, cal ajustar-se al que estableix l'article 69.»

mes laborals, normalment dels convenis col·lectius que estiguin vigents en el sector d'activitat laboral de què es tracti.

Continua raonant:

La falta de previsió en els plecs respecte d'aquesta obligació no ha d'afectar en absolut a la seva exigibilitat ja que aquesta deriva d'una norma general aplicable a tots els que actuen en el sector. En efecte, el seu origen està en la norma o conveni que l'estableix, i no en la relació contractual per a l'execució són instruments necessaris els contractes de treball subjectes a l'obligació de subrogació.

I conclou:

El fet de no incloure en els plecs de clàusules administratives particulars que han de regir l'adjudicació i l'execució d'un contracte l'obligació que pugui afectar l'empresa adjudicatària de subrogar-se en les relacions de treball preexistents per a l'execució del contracte de l'adjudicació del qual es tracti, no és obstacle per a l'exigència del seu compliment quan així ho estableixin normes o convenis que siguin aplicables al sector.

Per tant, i en conclusió, el que és exigible sens dubte, segons la jurisprudència, perquè la subrogació tingui lloc és que ha d'«aparèixer imposada per una norma sectorial eficaç», de manera que, en el cas que revertissin a l'Administració (supòsit en què la directiva no seria aplicable d'acord amb la doctrina que conté la STJUE de 20 de gener de 2011),¹⁴² només pot afectar les empreses incorporades a l'àmbit personal del conveni, i no l'Administració. És a dir, el conveni col·lectiu, com ja hem dit anteriorment, no pot establir clàusules obligacionals que afectin aquells que no són part en la negociació ni, en el contingut normatiu, pot establir condicions de treball que hagin de ser assumides per empreses que no estiguin incloses en el seu àmbit d'aplicació,¹⁴³ raó per la qual la subrogació incorporada en una norma paccionada –per exemple, un conveni sectorial—¹⁴⁴ no obligaria l'Administració,¹⁴⁵

142. De tota manera, convé fer esment de la sentència de 25 de gener de 2001, afer C-172/1999, Oi Liikenne, que conclou que la directiva és aplicable al supòsit de transmissió entre empreses privades a les quals una persona jurídica de dret públic hagi concedit successivament al terme del procediment l'adjudicació d'un contracte públic i la sentència de 24 de gener de 2002, afer C-51/2000, Temco. La directiva també és aplicable encara que l'objecte de la transmissió sigui una subcontracta en lloc d'una contracta.

143. La Sala Social del Tribunal Suprem ha resolt el debat en el sentit que el conveni col·lectiu del sector de la neteja viària no es pot aplicar a l'Ajuntament en cas d'internalització de la prestació del servei (sentències de la Sala Social del Tribunal Suprem de 17 de juny de 2011 [RJ 5423]). Aquesta doctrina ha estat reiterada, més recentment, per la sentència de 26 de juliol de 2012 [RJ 9976]). I és que, segons la sentència de la Sala Social del Tribunal Suprem de 10 de desembre de 2008, «el conveni col·lectiu no pot establir condicions de treball que hagin d'assumir empreses que no estiguin incloses en el seu àmbit d'aplicació».

144. GARCÍA-PERROTE, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, València: Tirant lo Blanch, 2014, p. 602.

145. Entre d'altres, STS, Social, de 14 de desembre de 1994 (RJ 10093), de 15 de desembre de 1997 (RJ 1136); i de 22 de maig de 2000 (RJ 4624); o STSJ, Social, d'Extremadura de 20 de març de 1995 (AS 1080); de Múrcia de 13 d'octubre de 1995 (AS 4044); i de 28 de juliol de 1999 (AS 2670); d'Andalusia/Granada de 10 de juny de 1999 (AS 4042); Castella-la Manxa de 9 de gener de

llevat que aquesta estigui inclosa en l'àmbit d'aplicació del conveni o aquest li fos d'aplicació pel fet de no tenir conveni col·lectiu propi.¹⁴⁶

Efectivament, cal recordar aquí que en nombroses entitats locals de dimensions petites no hi ha cap norma que reguli les condicions de treball, de manera que cal tenir present que, en aquests supòsits, com que no hi ha un conveni propi, les condicions de treball del personal laboral les regula el conveni sectorial. En aquests casos, l'Administració que passi a prestar directament el servei s'ha de subrogar en la posició de l'empresa anterior sempre que hi hagi una clàusula convencional sobre això.¹⁴⁷

Respecte a aquest darrer supòsit, és a dir, que no hi hagi conveni col·lectiu propi, RODRÍGUEZ ESCANCIANO manté la mateixa opinió, basant-se en una altra jurisprudència diferent, de manera que la resposta ha de ser favorable a la subrogació, i que els afectats passin a ser considerats, tal com estableix algun pronunciament judicial, indefinits no fixos al servei de l'ens públic local en qüestió, si es tracta de treballadors fixos de l'empresa anterior, i es mantinguin en el seu lloc de treball només fins que la plaça sigui coberta pel procediment reglamentari o fins que sigui amortitzada,¹⁴⁸ o, com a alternativa, que passin a ser considerats treballadors subrogats, segons el que exposarem més endavant.

En qualsevol cas, i sense perjudici del que exposarem sobre la inclusió en plecs de condicions de clàusules de subrogació procedents de la negociació col·lectiva, hem de fer constar de nou els interrogants que planteja aquest tipus de subrogació quan l'ocupador és l'Administració pública i si es pot disposar la inclusió de clàusules convencionals, més enllà de les que els siguin aplicables per altres motius, que determinin la incorporació, sense cap requisit afegit, de treballadors externs a aquesta més enllà dels supòsits que preveu l'article 44 ET. No obstant això, l'aprovació de la LCSP ha de suposar un canvi de perspectiva respecte d'aquesta darrera asseveració, atès que l'article 130.3 d'aquesta norma estableix l'obligació de l'Administració de subrogar-se en les relacions laborals si una norma o un acord col·lectiu eficaços ho estableixen així.

2003 (AS 937); d'Extremadura de 10 de desembre de 2004 (AS 3383); de Catalunya de 22 de setembre, 19 d'octubre i 13 de desembre de 2004 (JUR 281889 i AS 3451 i 4011); i de Madrid de 18 de gener de 2005 (AS 86).

146. Aquesta conclusió no altera el que estableix l'article 130.3 de la Llei de contractes de l'Administració pública, que preveu que la Administració pública està obligada a la subrogació del personal que el prestava si així ho estableixen una norma legal, un conveni col·lectiu o un acord de negociació col·lectiva d'eficàcia general. I no ho altera perquè sembla que s'ha d'entendre que el conveni col·lectiu sectorial ha de ser eficaç, la qual cosa es veu reforçada amb la previsió que s'apliqui la subrogació quan hi hagi un acord de negociació col·lectiva d'eficàcia general.

147. És representativa d'aquesta jurisprudència la STSJ del País Basc de 16 de setembre de 2014 (ROJ: 2709/2014).

148. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «La remunicipalización...», *op. cit.*, amb suport en les STSJ, Social, Castella-la Manxa d'1 de juny de 2010 (Rec. 106/2010); i de 9 de juny de 2010 (Rec. 176/2010).

8. Les previsions que conté la legislació contractual i, més específicament, els plecs de contractació pública

La legislació de contractació pública planteja, a més de les que s'han exposat, diferents qüestions relacionades amb la subrogació en les relacions laborals del personal, el seu abast i els requisits perquè operin mecanismes subrogatoris i la responsabilitat eventual que pot derivar de l'incompliment o del compliment defectuós de l'obligació d'informació que estableixen aquests supòsits.

8.1. L'obligació d'informar els licitadors

Comencem per fer esment del fet que el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques de l'any 2000 (i, també, anteriorment la Llei de contractes del sector públic de 1995) ja establí que els òrgans de contractació podrien assenyalar en els plecs de clàusules administratives particulars l'autoritat o les autoritats de les quals els licitadors podrien obtenir informació sobre les obligacions relatives a les disposicions sobre protecció i condicions de treball vigents en el territori en què s'hagi d'executar l'objecte del contracte i que, en aquest cas, el plec esmentat hauria d'establir que els licitadors manifestin si han tingut en compte aquestes obligacions en les seves ofertes.

Respecte de l'abast d'aquesta previsió normativa, la JCCA, en l'Informe 33/02, de 23 d'octubre de 2002, reconeix, d'aquesta manera, el dret dels licitadors a conèixer «prou» quines són les obligacions que han d'assumir si resulten adjudicataris del contracte, que no són només les relatives a la prestació contractual en si, sinó també altres obligacions que procedeixen de normes sectorials diferents de la legislació de contractes, com ara el «coneixement de les persones que estan prestant el servei i dels aspectes que afecten la seva situació laboral, fet que pren una rellevància especial per poder concretar aquests drets i obligacions i el preu de l'oferta».¹⁴⁹

¹⁴⁹ Amb caràcter general, podeu veure RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., «Las relaciones de trabajo ante la novación del concesionario de obra pública», *La Ley*, núm. 4, 2007, p. 1792-1815.

D'acord amb això, primer l'article 104 de la Llei 30/2007, de contractes del sector públic (LCSP), i en l'actualitat l'article 120 TRLCSP,¹⁵⁰ van establir que:¹⁵¹

En els contractes que imposin a l'adjudicatari l'obligació de subrogar-se com a ocupador en determinades relacions laborals, l'òrgan de contractació ha de facilitar als licitadors, en el mateix plec o en la documentació complementària, la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors als quals afecti la subrogació que sigui necessària per permetre l'avaluació dels costos laborals que implica aquesta mesura. A aquests efectes, l'empresa que en aquell moment efectuï la prestació objecte del contracte a adjudicar i tingui la condició d'ocupadora dels treballadors afectats està obligada a proporcionar la informació esmentada a l'òrgan de contractació, a requeriment d'aquest.¹⁵²

Pel que fa a l'abast d'aquest deure d'informació, la Resolució del TARC núm. 247/2015, de 13 de març, exposa que:

Aplicant el precepte anterior al cas present, cal concloure que la informació facilitada en l'annex IV del PCAP dels treballadors que cal subrogar, que és la data d'antiguitat del treballador,

150. Cal recordar que el precepte es limita a indicar que l'òrgan de contractació ha de facilitar aquesta informació als licitadors (en els plecs o en la documentació complementària) en «els contractes que imposin a l'adjudicatari l'obligació de subrogar-se com a ocupador en determinades relacions laborals», però no dona cap pista de quan és obligatòria aquesta subrogació, perquè es tracta d'una qüestió de dret laboral (com reconeix la JCCA en els seus informes 31/1999, de 30 de juny de 1999; 33/02, de 23 d'octubre de 2002; 50/07, de 29 d'octubre de 2007 i 58/09, de 26 de febrer de 2010).

151. L'article 85 TRLCSP, encara que al·ludeix la subrogació laboral, no es refereix al supòsit que s'acaba d'analitzar, sinó que remet a un supòsit concret de subrogació laboral entre empreses privades, encara que al si d'un contracte amb una entitat del sector públic: «En els casos de fusió d'empreses en els quals participi la societat contractista, continua el contracte vigent amb l'entitat absorbent o amb la resultant de la fusió, que queda subrogada en tots els drets i obligacions que en dimanin. Igualment, en els supòsits d'escissió, aportació o transmissió d'empreses o branques d'activitat d'aquestes, continua el contracte amb l'entitat a la qual s'atribueixi el contracte, que queda subrogada en els drets i obligacions que en dimanin, sempre que tingui la solvència exigida en acordar-se l'adjudicació o que les diverses societats beneficiàries de les operacions esmentades i, en cas de subsistir, la societat de la qual provinguin el patrimoni, empreses o branques segregades, es responsabilitzin solidàriament amb aquella de l'execució del contracte. Si no es pot produir la subrogació perquè l'entitat a la qual s'atribueix el contracte no reuneix les condicions de solvència necessàries, s'ha de resoldre el contracte i s'ha de considerar a tots els efectes com un supòsit de resolució per culpa de l'adjudicatari».

Fins i tot altres supòsits com ara la subcontractació poden plantejar certa problemàtica. En aquest sentit, podeu consultar RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 281-282, 2006, p. 3-70.

152. L'article 130 de la Llei de contractes del sector públic fa un pas més i preveu penalitzacions per a l'empresari sortint que incompleixi l'obligació de lliurar la informació completa i veraç dels treballadors en les relacions de treball dels quals s'ha de subrogar el nou contractista i l'obligació del contractista sortint d'abonar els salaris impagats dels treballadors afectats per la subrogació, fins i tot en el cas que el contracte es resolgui i els treballadors siguin subrogats pel nou contractista. Mesures insuficients, en opinió de MADRIGAL ESTEBAN, M. J. I MARTÍNEZ SALDAÑA, D., «La subrogación de trabajadoras y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública», *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, 40, 2015, p. 49, atès que no només ha de respondre dels salaris impagats, sinó que, com s'ha exposat, l'article 44, apartats 1 i 3 ET, i els articles 127 i 104.1 LGSS amplien les responsabilitats, amb caràcter solidari, per exemple, a qualsevol responsabilitat laboral anterior a la transmissió, com és ara indemnitzacions per acomiadament pendents d'abonament, cotitzacions pendents d'abonament, amb els recàrrecs corresponents, o prestacions causades abans de la successió d'empresa.

La redacció darrera d'aquest precepte, en tramitació quan es redactaven aquestes línies, detalla la informació que cal facilitar i estableix que «com a part d'aquesta informació en tot cas s'han d'aportar els llistats del personal objecte de subrogació, indicant: el conveni col·lectiu aplicable i els detalls de categoria, tipus de contracte, jornada, data d'antiguitat, venciment del contracte, salari brut anual de cada treballador, així com tots els pactes en vigor aplicables als treballadors als quals afecti la subrogació. L'Administració ha de comunicar al nou empresari la informació que el contractista anterior li hagi facilitat».

Cal tenir en compte que l'Administració pública no està exempta d'aquestes responsabilitats i, com ha exposat RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Los despidos objetivos en las Administraciones Públicas, rescate de contratadas y concesiones y supresión de entidades o estructuras administrativas», a CASTILLO BLANCO, F. A. (coord.), *La reforma del Sector Público*, Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014, p. 399 i s., invocant la jurisprudència social recent, pot incórrer en responsabilitats.

el tipus de contracte i la categoria laboral, i el detall de la qual s'ha descrit més amunt. El Tribunal considera que aquesta informació és suficient perquè el licitador i potencial adjudicatari conegui sense més el cost laboral dels treballadors que cal subrogar. Determinar el Conveni Col·lectiu aplicable i altres qüestions de la relació laboral –complements fixos, plus, percentatge de jornada, etc.– són qüestions que excedeixen la informació que ha de facilitar el PCAP i que són a l'abast de les empreses participants en el procediment de licitació, atès que es dediquen a l'activitat material que és objecte de licitació. I, per contra, amb la informació facilitada, les empreses, per mitjà dels seus assessors laborals, coneixen i poden conèixer amb exactitud el cost laboral dels treballadors que cal subrogar.

Aquest incompliment del deure d'informació, per tant, si és qualificat i l'adjudicatari, un cop formalitzat el contracte, no ha disposat d'aquesta informació, podria generar responsabilitats per a l'òrgan de contractació.¹⁵³

8.2. Poden els plecs de clàusules administratives particulars establir obligacions de subrogació o incloure la subrogació com a criteri d'adjudicació?

Sense perjudici del que hem vist, el tema més rellevant es planteja entorn de si els plecs de clàusules administratives particulars poden establir obligacions de subrogació o no.¹⁵⁴ En aquest sentit, la sentència del TSJ de Madrid 1793/2011, de 23 de febrer de 2011 (Rec. núm. 741/2009) va aclarir inequívocament que:

La subrogació d'una empresa en les relacions laborals d'una altra és una qüestió la possibilitat de la qual ha de ser resolta de conformitat amb la legislació laboral vigent, que ha de determinar si resulta aplicable o no al supòsit de fet l'article 44 de l'Estatut dels treballadors o els convenis col·lectius respectius, sense que els plecs de clàusules administratives hagin d'establir res respecte a això, ja que no han de fer referència a la subrogació ni com a obligació ni com a condició que atorga punts per a l'adjudicació, i sense perjudici que aquesta subrogació es produeixi en els casos que estableix la Llei o els acordats en conveni col·lectiu corresponent, cas en el qual s'ha d'aplicar l'article 104 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.

153. MADRIGAL ESTEBAN, M. J. i MARTÍNEZ SALDAÑA, D., «La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa...», *op. cit.*, p. 49, opinen que no hi ha dubte que es produiria la responsabilitat de l'òrgan de contractació. Si fos abans de la formalització, amb cita de l'Informe 3/2013, de 5 de març de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Canàries, exposen que es reconeix la possibilitat de no formalització del contracte sense conseqüències per a l'adjudicatari.

154. Podeu trobar-ne estudi jurisprudencial bastant exhaustiu a HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H., «Subrogación laboral en los contratos del sector público», *Actualidad Administrativa*, núm. 5 (secció «Estudios de Jurisprudencia», maig 2014, tom 1, editorial La Ley).

Així mateix, aquesta obligació ha estat rebutjada per la Resolució del TARC núm. 872/2014, de 20 de novembre, i, amb anterioritat, per la Resolució del TARC núm. 608/2013, de 4 de desembre, que exposa que:¹⁵⁵

Això no vol dir que el plec hagi de contenir una clàusula de subrogació, atès que, com dèiem, per exemple, en la Resolució 75/2013, «la clàusula de subrogació empresarial excedeix de l'àmbit subjectiu propi dels plecs –Administració contractant i adjudicatari–, en la mesura que aquesta clàusula suposaria establir en un contracte administratiu estipulacions que afecten tercers aliens al vincle contractual, com són els treballadors de l'empresa adjudicatària anterior. Des d'un punt de vista objectiu, aquesta clàusula imposaria al contractista obligacions que tenen un «contingut netament laboral» (la subrogació en els drets i les obligacions del contractista anterior respecte al personal d'aquest destinat a la prestació del servei) i «que formen part de l'estatus del treballador», del compliment o l'incompliment de les quals no correspon conèixer ni a l'Administració contractant ni a la jurisdicció contenciosa administrativa, sinó als òrgans de la jurisdicció social. Basant-nos a aquest efecte en l'informe de l'Advocacia General de l'Estat de 29 de juny de 2005, citat en la Resolució 271/2012, que considerava que del compliment o l'incompliment de les obligacions de caràcter laboral no correspon conèixer a l'Administració contractant ni a la jurisdicció contenciosa, atès que el PCAP té el seu contingut limitat a la regulació de la relació juridicoadministrativa, i no la laboral de les relacions existents entre l'adjudicatari i els seus treballadors.

En definitiva, en el cas que no hi hagi una previsió expressa en un conveni «efi-caç», el plec no podria, en principi, establir l'obligació de subrogació *ex novo*, ja que afecta tercers (treballadors de l'empresa sortint), i excediria l'àmbit administratiu i de la relació entre l'Administració i el contractista.¹⁵⁶ Això és el que recull expressament la STS de 9 de febrer de 2016 (ROJ: 1039/2016), que expressa:

També és pedra angular per a la solució del cas la nostra doctrina respecte al fet que en els supòsits de successió de contractes no hi ha pròpiament una transmissió de les contractes, sinó

155. En l'àmbit autonòmic també podeu veure l'Informe 5/2014, de 24 de novembre, de la Comissió Consultiva sobre Contractació Pública, entorn de diverses qüestions sorgides respecte a la figura de la subrogació de personal en matèria de contractació pública. Igualment, la Resolució 58/2013 del Tribunal Econòmic Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia, de 10 de maig de 2013, o la Resolució 69/2013 del Tribunal Econòmic Administratiu de Recursos Contractuals de Castella i Lleó, de 28 de novembre de 2013.

Aquesta opinió es veu reforçada pel fet que l'esmena 877 del grup socialista al Projecte de Llei de contractes del sector públic, acceptada parcialment, preveia la possibilitat que els plecs ho establissin amb independència del conveni, cosa que no es va portar al text que finalment va aprovar el Congrés.

156. És cert que alguna norma legal inclou aquesta previsió i n'admet la inclusió en els plecs. A tall d'exemple de l'abast de la subrogació per via legal, l'article 73.2 de la Llei 16/1987, de 30 de juliol, d'ordenació de transports terrestres, estableix que els plecs de condicions han d'imposar al nou adjudicatari l'obligació de subrogar-se en la relació laboral amb el personal ocupat per l'anterior contractista en la prestació fins a cobrir la «dotació mínima del personal que el contractista ha d'adscriure a la prestació del servei». També han indicat alguns autors que aquesta apreciació eventualment podria xocar amb la doctrina de la Sala Social del Tribunal Suprem, que reconeix que els plecs de clàusules administratives poden imposar la subrogació del personal de l'adjudicatari sortint, encara que no ens trobem en un cas de successió d'empreses *ex article 44 ET* i tampoc no hi hagi una obligació de subrogació per via convencional, sinó que simplement es tracti, a aquest efecte, d'un acord entre l'entitat pública i els treballadors. És a dir, com una fórmula independent de la normativa laboral, però igualment vàlida. Podeu veure, en el sentit exposat, la STS, Social, de 4 de juny de 2013 (Rec. 58/2012), que reitera la doctrina de la STS de 20 de setembre de 2010 (Rec. 17/2010).

la finalització d'una i el començament d'una altra –formalment i jurídicament diferent– amb un nou contractista. Per això, perquè es produeixi la subrogació del nou contractista en els contractes dels treballadors de l'adjudicatària sortint és necessari: a) que ho imposin així la norma sectorial o el plec de condicions; b) si no hi ha aquestes prescripcions cal –d'acord amb l'article 44 ET– que es produeixi la transmissió dels elements patrimonials que configuren la infraestructura o l'organització empresarial bàsica per a l'explotació. D'aquesta manera, la successió empresarial resulta inexistente quan hi ha successió d'activitat, però no hi ha cap norma o prescripció convencional que disposin el contrari, o no s'acompanyi la contracta amb cap lliurament de suport patrimonial que mereixi la consideració d'unitat organitzada que serveixi de substrat a una activitat independent (en aquest sentit es manifestaven les STS 30/09/99, RCU 3983/98; i 29/01/02, RCU 4749/00).

Així doncs, no és que aquest precepte atorgui a l'òrgan de contractació llibertat per decidir si en un contracte determinat hi haurà successió d'empresa o no, ja que aquesta operarà *ope legis* si en el cas concorren els requisits de l'article 44 ET (STS de 28 d'abril de 2009), sinó que, si hi ha una norma convencional aplicable perquè és eficaç i aplicable a l'Administració, tant si és sectorial com si l'Administració mateixa, en el seu àmbit de negociació, ho ha previst amb els seus treballadors, es pugui procedir a la subrogació en les relacions laborals procedents de serveis que es reinternalitzen.¹⁵⁷ Jurisprudència recent ha avalat aquesta conclusió, encara que al nostre parer aquesta opinió sigui discutible; així, la STS de 30 d'abril de 2014 (Rec. 1416/2013) estableix inequívocament que:

Cal precisar que el que estableix l'apartat discutit és una obligació de l'Administració d'establir una clàusula de subrogació en els plecs de clàusules administratives particulars i de condicions tècniques dels contractes administratius per a l'adjudicació del servei públic del qual és titular, que, en principi, té el seu fonament legal en l'article 44 del text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors (RD legislatiu 1/1995), i a la qual, al seu torn, es refereix l'article 104 Llei 30/2007. Cal partir així de la base que, vençut un contracte d'adjudicació d'un servei públic del qual és titular l'Administració, aquest servei reverteix jurídicament en l'Administració, de manera que operarà respecte d'ella l'obligació legal de subrogar-se en els contractes dels treballadors ocupats per l'adjudicatària en el servei. Sobre aquesta base, quan en un contracte d'adjudicació posterior del mateix servei estableix la clàusula de subrogació de l'adjudicatari en els contractes de treball dels treballadors que l'adjudicatari anterior va tenir ocupats en el servei, tal com estableix l'apartat 17 de l'Acord regulador, no es pot dir en rigor que l'Administració sigui un tercer aliè a aquests contractes, sinó que està directament afectada en la posició de l'ocupador en el mecanisme de la subrogació.

157. En un sentit idèntic, MAURI MAJÓS, J., *op. cit.*, p. 99 i s., que dona suport a la tesi a la lectura conjunta dels articles 115.2, 118.1 i 120 TRLCSP.

Per tant, la idea de «tercers aliens a l'àmbit de la negociació», sobre la qual s'assenta el plantejament de la recurrent, no resulta correcta.

D'aquesta manera, la interpretació sistemàtica dels articles 44 LET, 104 de la Llei 30/2007 i 37.1 de la Llei 7/2007 ha de portar a la conclusió que un pacte com el que aquí es qüestiona té plena cabuda en la negociació col·lectiva del personal laboral de les administracions públiques; de manera que no és acceptable que el tan citat apartat 17 de l'Acord regulador infringeixi els preceptes de la Llei 7/2007 en el motiu del qual s'addueix.

D'altra banda, i com ha posat en relleu ALFONSO MELLADO, aquestes clàusules han d'estar presents, atès que, altrament, és molt qüestionable l'obligació de subrogació.¹⁵⁸

Cal afegir-hi, a més, que, en principi, l'exigència de subrogació, i la consegüent acceptació, no es pot considerar, amb caràcter general, sempre depenent de l'objecte del contracte, com un criteri d'adjudicació vàlid legalment (Informe 58/2009, de 26 de febrer de 2010 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa), criteri que també ha estat acollit per la jurisprudència (sentència del Tribunal Suprem, Sala Social, de 4 de juny de 2013, Rec. 58/2012) per a qui:

L'article 134.1 de la norma esmentada indica els criteris de selecció per a la subscripció de contractes, criteris que no són compatibles amb l'obligació d'incloure en el plec de condicions, com a criteri preferent per a l'adjudicació d'un contracte, el compromís de subrogar treballadors. En efecte, l'article 134.1 esmentat distingeix entre criteris que es poden incloure en qualsevol licitació, ja que sempre guarden relació amb l'objecte del contracte –com és el cas del preu o la qualitat– i altres criteris que únicament es poden incloure en la mesura que tinguin relació amb l'objecte del contracte, com és el compromís de subrogació, de manera que s'ha d'analitzar-se cas per cas i no imposar-lo amb caràcter general.

No obstant això, cal indicar que aquesta sentència també diu que «aquests criteris no són incompatibles, en contra del que al·lega el recurrent, amb la inclusió en el plec de condicions d'una clàusula que estableixi la subrogació dels treballadors de les empreses de serveis en el cas de canvi de la titularitat de la contracta».

158. ALFONSO MELLADO, C. L., «La reversión a la gestión directa de servicios públicos...», *op. cit.*, p. 32, amb citació de la STS de 16 de març de 2015 (Rec. 1009/2014), que exposa:

«La sentència, després de referir-se, amb relació a la subrogació, als articles 4.5 del Reglament CE/1370/2007 i 104 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, remet a una altra d'anterior de la secció Tercera de la Sala de Madrid, la de 30 de maig de 2013, confirmada per la nostra de 29 de setembre de 2014 (cassació 2337/2013) i diu que "[...] la circumstància que en uns supòsits determinats sigui una obligació legal mantenir o absorbir els treballadors del concessionari anterior no permet que en un plec contractual s'estableixi aquesta subrogació com a obligació en qualsevol cas i amb les conseqüències que comporta, sense que es derivi una conclusió diferent del Reglament (CE) núm. 1370/2007, ni de l'article 104 de la LCSP". La Sala de Madrid, en pronunciar-se d'aquesta manera, està tenint presents les raons per les quals en la seva sentència anterior va considerar improcedent atribuir punts en virtut del compromís de subrogació, en què afirma que són les normes laborals les que estan cridades a establir l'obligació de subrogació, i no la legislació contractual. En la mesura que hem confirmat aquest judici, s'imposa la desestimació del motiu, no sense recordar que l'article 73.2 del reglament es refereix al compromís d'absorbir el personal de l'antic concessionari.»

El dubte, en vista d'aquesta afirmació darrera, es planteja sobre si és possible incloure aquesta obligació com a criteri no preferent, de nou amb caràcter general i prescindint de l'objecte del contracte, la qual cosa, des del meu punt de vista, no és possible ni s'ajusta als criteris que es poden establir en un procediment d'adjudicació contractual.¹⁵⁹ MAURI dona suport a aquesta conclusió, sobre la base del que estableix l'article 150 TRLCSP, com una condició social que respongui a necessitats exigides pel servei públic que cal prestar, però, tal com hem mantingut més amunt, vinculat a l'objecte del contracte i sense que es pugui establir amb caràcter general.¹⁶⁰

Aquesta opinió ha estat corroborada per les resolucions núm. 468 i 474, d'1 de juny de 2017, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en les quals el tribunal, després d'afirmar que es pot incloure una clàusula subrogatòria en els plecs de condicions quan així es derivi d'una obligació convencional pactada prèviament, no dubta a rebutjar que aquesta circumstància pugui ser un criteri d'adjudicació vàlid.¹⁶¹

D'altra banda, l'incompliment de la subrogació dels treballadors en els mateixos drets i obligacions que gaudien amb l'anterior empresa contractista no és causa de resolució del contracte per part de l'Administració contractant, perquè no l'estableixen com a tal ni el TRLCSP ni l'actual LCSP, llevat que els plecs de clàusules administratives particulars la incloguin (Informe de la JCCA 63/2011, de 17 de juliol de 2012) o prevegin penalitats. L'obligació de subrogació dels treballadors inclosa en el plec de clàusules administratives particulars deriva del conveni col·lectiu, i no de l'execució del contracte mateixa, ja que els contractes administratius es limiten a regular les relacions entre l'Administració i el contractista, per la qual cosa, en aquest cas, correspon als òrgans de la jurisdicció la-

159. Al parer d'HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H., «Subrogación laboral...», *op. cit.*, sí que es pot valorar com a tal sempre que la subrogació tingui incidència sobre l'objecte del contracte, com ara que la intervenció dels treballadors subrogats tingui una rellevància directa en el contracte pel fet que no sigui necessari un període de formació o d'adaptació dels nous treballadors que es contractin. És a dir, les circumstàncies de cada cas en particular són les que justifiquen si la subrogació s'ha de valorar com a criteri d'adjudicació, en atenció al fet que siguin aquests treballadors i no d'altres de contractats *ex novo* tingui una relació directa amb l'objecte del contracte; altrament, és a dir, si per executar l'objecte del contracte resulta irrelevant que es desenvolupi amb els treballadors subrogats o amb altres de contractats a aquest efecte, la subrogació es pot exigir en els plecs o no, però no serà un element valuatiu en l'adjudicació.

160. MAURI MAJÓS, J., *op. cit.*, p. 98 i s. En la meua opinió, la redacció dels articles 145 i 145 bis de la Llei de contractes del sector públic, referents als criteris d'adjudicació dels contractes i específicament als criteris de caràcter social, no alteren aquesta conclusió.

161. Diuen això, les resolucions esmentades:

«[...] aquest Tribunal considera que, encara que en l'actualitat hi hagi una tendència forta a la inclusió de les anomenades clàusules socials i que això ho prevegi expressament la Directiva 2014/24 /UE, no s'ha d'admetre com a criteri d'adjudicació un compromís d'assumpció de la plantilla tal com ho fa l'apartat impugnat. Considerem, doncs, que avui continua plenament vigent la jurisprudència del Tribunal Suprem que, com s'ha expressat, proscriu l'ús de fórmules semblants, i cap de les raons que addueix l'òrgan de contractació en el seu informe resulten prou convincents per apartar-nos del criteri esmentat.

És obvi que hi ha marge per incloure les clàusules socials en les bases d'una convocatòria; però, en el cas que ens pertoca, la mesura està destinada a afavorir la plantilla que hi ha actualment, sense que consti que aquests treballadors formin part d'un col·lectiu desfavorit o vulnerable.

Hi ha una gran diferència entre assegurar l'ocupació de col·lectius en risc d'exclusió o discriminats i assegurar la d'aquells altres que no estan en aquesta situació. Aquest tribunal entén la preocupació de l'òrgan de contractació de vetllar per l'estabilitat laboral dels empleats actuals, però no pot emparar, sense desconèixer l'ordenament vigent, que s'hi introdueixi com a criteri d'adjudicació una mesura que afavoreix uns treballadors en detriment d'uns altres. Tampoc no es pot apreciar, finalment, que, per il·loable que sigui, l'estabilitat en l'ocupació de la plantilla pugui ser tinguda com un veritable objectiu de salut dels empleats.»

boral la competència sobre la no subrogació material i, així mateix, correspondria a la jurisdicció laboral conèixer, si escau, del recurs sobre l'acomiadament dels treballadors.¹⁶²

162. Tal com indiquen MADRIGAL ESTEBAN, M. J. i MARTÍNEZ SALDAÑA, D., «La subrogación de trabajadoras...», *op. cit.*, amb citació de jurisprudència i d'òrgans consultius: «Encara que en el plec de clàusules administratives particulars no hi hagi l'obligació de preveure la subrogació, l'obligació d'informació de l'article 120 del TRLCSP exigeix necessàriament la de facilitar la informació sobre les condicions dels contractes de treball afectats, quan aquesta subrogació estigui prevista en el conveni de col·lectiu sectorial aplicable. Però l'obligació d'informació ha de predicar també en tots els supòsits en què hi ha, com a mínim, l'aparença que pot haver-hi obligació de subrogació, sense que això suposi perjudicar l'existència i l'abast d'aquesta obligació de subrogació. En aquests casos, l'òrgan de contractació està obligat a requerir de l'empresa que estigui efectuant la prestació objecte del contracte la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors als quals afecti la possible subrogació. b) La subrogació del personal de l'adjudicatari sortint a l'entrant és obligatòria fins i tot encara que el plec de clàusules administratives particulars no en faci esment. La seva no inclusió es considera jurídicament irrellevant en la mesura que l'obligatorietat deriva del conveni col·lectiu i no del plec, i no li correspon ni a l'Administració contractant ni a la jurisdicció contenciosa administrativa, conèixer-ne el compliment o incompliment, sinó als òrgans de la jurisdicció social [...]».

9. Els supòsits de «cessió il·legal de treballadors» com a conseqüència de l'execució de contractes administratius¹⁶³

L'article 301.4 TRLCSP (i, actualment, l'art. 308.3 LCSP), com ja hem esmentat, prohibia de manera expressa la consolidació dels treballadors que hagin dut a terme les prestacions objecte d'un contracte de serveis per a un ens del sector públic en l'entitat contractant.¹⁶⁴

Ara bé, enfront d'aquesta previsió, l'article 43 ET regula la cessió il·legal de treballadors, i considera que aquesta cessió s'esdevé quan es fa la contractació de treballadors a través d'una empresa que no sigui una ETT, mitjançant un contracte de serveis per fer tasques pròpies de l'Administració contractant en diversos supòsits que es donen sobretot en els contractes de serveis; a saber: quan l'objecte d'aquests contractes es limita simplement a una posada a disposició dels treballadors de l'empresa cedent a l'empresa cessionària; quan l'empresa cedent no té una activitat real o una organització pròpia i estable; o quan no disposa dels mitjans necessaris per desenvolupar la seva activitat o no exerceix les funcions inherents a la seva condició d'empresa.

És a dir, i amb referència als casos més habituals, quan es tracta de tasques que es prolonguen en el temps més enllà del que estableix el contracte, o quan es destina els treballadors de l'empresa contractada a altres tasques, pròpies d'algun servei de l'entitat que contracta i que siguin diferents de les que constituïen l'objecte del contracte, estarem davant d'aquesta figura.¹⁶⁵

163. Sobre aquest tema i sobre la problemàtica que presenta en el sector públic, podeu veure VILA TIerno, F. «Contratas y subcontratas en la Administración pública y otros supuestos de externalización y descentralización. Límites a su utilización», a CASTILLO BLANCO, F. A. i MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.), *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Granada: Editorial Comares, 2014, p. 321 i s.

164. D'una manera més completa, l'apartat 2n de l'article 306 de la Llei de contractes del sector públic, actualment en tramitació, no n'estableix únicament la conseqüència, sinó també una prohibició expressa, susceptible de ser sancionada disciplinàriament (disposició addicional vint-i-novena), que es materialitza en la redacció:

«A l'extinció dels contractes de serveis, no es pot produir en cap cas la consolidació de les persones que hagin fet els treballs objecte del contracte com a personal de l'entitat contractant. Amb aquesta finalitat, els empleats o responsables de l'Administració s'han d'abstenir de fer actes que impliquin l'exercici de facultats que, com a part de la relació jurídicolaboral, li corresponen a l'empresa contractista.»

165. La doctrina judicial, per tal d'apreciar aquesta figura, ha recorregut a l'aplicació ponderada de diversos criteris de valoració que no són excoents, sinó complementaris, i que tenen un valor indicatiu o orientador: la justificació tècnica de la contracta, l'autonomia

Doncs bé, en aquests supòsits, l'article 43 ET concedeix a aquests treballadors el dret a triar entre mantenir el seu vincle laboral amb el cedent o mantenir-lo amb el cessionari. Però resulta que aquest dret estatutari dels treballadors, en els supòsits en què optin per integrar-se a l'Administració pública, també podria contradir els principis que regulen l'accés a l'ocupació pública.

Precisament, per fer front a aquesta problemàtica, la Comissió Mixta de les Corts Generals per a les Relacions amb el Tribunal de Comptes va dictar el 27 d'octubre de 2010 una resolució, amb la qual assumia la moció del ple del Tribunal de 26 de febrer de 2009, sobre la «necessitat d'evitar els riscos que els treballadors de les empreses de serveis contractades per l'Administració, per les condicions en què es desenvolupa l'activitat contractada, es converteixin en personal laboral de l'Administració en virtut de sentències judicials».¹⁶⁶ Aquesta moció insta les administracions públiques a adoptar una sèrie de mesures per evitar contractes que encobreixin una cessió il·legal de mà d'obra i que aquest personal acabi engrossint les plantilles de personal de les AP.

Igualment, per tal d'evitar els riscos que els treballadors de les empreses de serveis contractades per l'Administració, ateses les condicions en què es desenvolupa l'activitat contractada, es converteixin en personal laboral de l'Administració mateixa en virtut de sentències judicials, la disposició addicional primera del Reial decret llei 20/2012 fa un pas més per evitar que les restriccions que imposen des de fa anys les lleis de pressupostos per controlar la despesa pública en matèria de personal puguin quedar sense efecte per una execució indeguda dels encàrrecs de gestió del personal de les empreses adjudicatàries dels serveis.

del seu objecte, l'aportació de mitjans de producció propis (STS 07/03/1998), l'exercici de poders empresarials (STS 12/09/1988, 16/02/1989, 17/01/1991 i 19/01/1994) i la realitat empresarial del contractista, que es posa de manifest en relació amb dades econòmiques, com ara capital, patrimoni, solvència, estructura productiva... (STS 17/01/1991, 11/10/1993, 14/09/2001, 17/01/2002, 16/06/2003 i 14/03/2003).

Per l'aplicació d'aquests criteris de valoració, les sentències examinen la forma de retribució del contractista per hores de treball, per quilòmetres o per vehicles aportats; si el contractista presta serveis per a una sola empresa; si hi ha una coincidència d'horaris dels treballadors del contractista i el personal de plantilla de l'Administració; el lloc de prestació dels serveis; els mitjans materials que aporta l'Administració; la manca d'un coordinador del servei prestat per part de la contracta, i la realització de funcions diferents de l'objecte del contracte administratiu de serveis.

166. Resulten de gran sumo interès els punts següents:

«4. Que els plecs de prescripcions tècniques, i també els de clàusules administratives particulars, dels contractes de serveis i dels que es formalitzin, si s'escau, amb empreses de treball temporal determinin amb tanta precisió com sigui possible les prestacions que s'han de dur a terme i que el Servei Jurídic de l'Estat i la Intervenció General de l'Estat, en les seves tasques de fiscalització i supervisió prèvia, incrementin la vigilància d'aquests aspectes, de manera que s'eviti el risc que es consolidi com a personal de l'organisme contractant el personal procedent de les empreses esmentades. Amb la mateixa finalitat, hauria de cuidar-se també que la seva execució no es desviï del que estigui pactat, i també el compliment del termini de durada i de les pròrrogues.

5. Que, d'acord amb els àmbits de competències respectius, es dictin les instruccions pertinents per a l'execució correcta dels serveis externs contractats per aquelles, de manera que quedi clara la relació entre els gestors respectius de l'Administració i el personal de l'empresa contractada, de manera que s'evitin, en tot cas, actes que es puguin considerar com a determinants per al reconeixement d'una relació laboral, sense perjudici de les facultats que la legislació de contractes del sector públic reconeix a l'òrgan de contractació pel que fa a l'execució dels contractes.

6. Que la cobertura de llocs de treball amb caràcter indefinit, com a conseqüència de possibles irregularitats en la contractació i de les sentències consegüents, no sigui considerada de cap manera una adscripció definitiva al lloc de treball, sinó que desemboqui, d'acord amb el que preveu la disposició addicional quinzena de l'Estatut dels treballadors, en la redacció que en fa la recent Llei 35/2010, de 17 de setembre, de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball, en l'amortització o en la provisió d'acord amb els principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat, en funció de les necessitats de l'Administració.»

Aquest és el motiu pel qual s'imposa als ens, els organismes i les entitats que, d'acord amb l'article 3.1 TRLCSP, formen part del sector públic l'obligació de dictar abans del 31 de desembre unes instruccions que garanteixin, en l'aplicació pràctica, l'execució correcta dels serveis externs que hagin contractat, de manera que quedi clara la relació entre els gestors de l'Administració i el personal de l'empresa contractada, i s'evitin, en tot cas, actes que es puguin considerar com a determinants per al reconeixement d'una relació laboral, sense perjudici de les facultats que la legislació de contractes del sector públic reconeix a l'òrgan de contractació amb vista a l'execució dels contractes.

De tota manera, en protecció dels drets dels treballadors, la jurisdicció social ha consolidat una doctrina, tal com ja hem apuntat, que atorga la condició de treballadors «indefinitos no fixos» (ex art. 43.3 ET) d'una Administració (o un altre ens del sector públic) quan considera que s'ha produït un contractació temporal irregular o una cessió il·legal de treballadors a través d'un contracte de serveis (STS, Sala Social, de 20 de gener de 1998; de 19 de juny de 2002; de 17 de setembre de 2002; de 19 de novembre de 2002; d'11 de desembre de 2002; de 27 de desembre de 2002; i de 28 d'octubre de 2003, citades totes elles en la moció del ple del Tribunal de Comptes de 26 de febrer de 2009). Més endavant ens ocuparem d'aquesta situació jurídica i de la idoneïtat de la seva aplicació en aquests supòsits.

10. Les conseqüències que els mecanismes d'integració en el sector públic tenen per als treballadors

Hem de començar advertint que el terme «remunicipalització» i l'impacte correlatiu que té sobre el personal la seva aplicació impliquen una anàlisi que, en principi, no hauria de revestir una problemàtica especial, però, com que està regulada en normes europees i en normes nacionals, resulta de molta més complexitat. Només des del punt de vista jurídic abasta tant normativa de dret públic com de dret privat, la qual cosa ja justifica aquest estudi a cavall entre dues branques de l'ordenament jurídic, però el que és més greu és que aquests marcs normatius no sempre són conciliables entre si. I és que, com sabem pels nombrosos supòsits en què s'esdevé, l'actual marc jurídic espanyol no ha resolt de manera satisfactòria com fer compatible el principi d'estabilitat en l'ocupació amb els principis que de contrari presideixen l'accés a l'ocupació pública en els supòsits en què l'ocupador es una Administració pública.¹⁶⁷ MONEREO PÉREZ explica molt bé que «s'hi assisteix a una mena de penetració i predomini de la lògica del dret Administratiu sobre la lògica específica de regulació i racionalització jurídica a la qual serveix d'ordinari l'ordenament laboral».¹⁶⁸ Encara que la veritat és que aquests principis d'ambdós ordenaments han de ser conciliats pels operadors jurítics i, a més, tot el conjunt està protegit constitucionalment.

La solució, fins ara, havia arribat de la mà d'una jurisprudència, la mateixa que crea el denominat «indefinit no fix», que, a més, ha evolucionat substancialment en el temps, i no sempre d'una manera coherent ni sistemàtica.¹⁶⁹ Tornarem sobre

167. Així ho posa de manifest l'Ordre HAP/583/2012, de 20 de març, per la qual es publica l'acord del Consell de Ministres de 16 de març de 2012, pel qual s'aprova el Pla de reestructuració i racionalització del sector públic empresarial i fundacional estatal, i l'Ordre HAP/1816/2013, de 2 d'octubre, per la qual es publica l'acord pel qual s'adopten mesures de reestructuració i racionalització del sector públic estatal fundacional i empresarial, i a la qual es remet la disposició addicional novena de la Llei 15/2014, que estableixen disposicions específiques i singulars per a la integració del personal en els supòsits d'extinció de persones jurídicopúbliques.

168. MONEREO PÉREZ, J. L., «Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral», a CASTILLO BLANCO, F. A. i MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.), *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Granada: Editorial Comares, 2014, p. 214.

169. Podeu veure RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, Madrid: Iustel - Fundación Democracia y Gobierno Local, 2013, p. 51 i s., i MONEREO PÉREZ, J. L., «Aspectos laborales de la inter-

aquesta qüestió, però ara ens interessa destacar que aquest conflicte d'ordenaments i els principis que els informen –entre el dret administratiu i el dret laboral, en suma–, produeix, en aquests supòsits i en d'altres,¹⁷⁰ no pocs problemes en els processos de reversió i de reordenació del sector públic i dista molt d'estar resolt definitivament, encara que hi ha unes modificacions legislatives recents que han aportat perspectives noves a aquest debat. La tasca de la jurisprudència,¹⁷¹ amb les seves llums i les seves ombres, ha estat encomiable, però feia falta alguna cosa més que és el que ara, de nou en forma discutible, ha esdevingut. Tornarem sobre aquesta qüestió en els apartats següents.

10.1. S'ha de subrogar l'ens local en tots els treballadors de la contracta?: abast i extensió de la subrogació

Cal fer esment, en primer lloc, que la doctrina general que estableix la jurisprudència europea és la transmissió universal de drets i obligacions. En concret, i respecte de l'abast de la subrogació en les relacions laborals per part del cessionari, està delimitat pels treballadors que, d'una manera exclusiva o molt preferencial, presten els seus serveis en el centre de treball l'activitat del qual és objecte de transmissió en el moment en què aquesta s'efectua i,¹⁷² lògicament, si aquesta es continua desenvolupant.¹⁷³ Per tant, no arriba a altres treballadors, tant si es perquè no presten serveis en aquest centre de treball o com si és perquè no presten serveis en les unitats o àrees específiques que són objecte de transmissió. Això es tradueix en una necessària valoració quantitativa i qualitativa,¹⁷⁴ material i no merament

conexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia», *Revista de Derecho Social*, núm. 67 (2015).

170. Pel que fa a aquesta qüestió, és força il·lustrativa i d'enorme interès la consulta del document «La reversión de la gestión de los servicios públicos por las administraciones», *Cuadernos de Acción Sindical CC OO* (octubre 2015).

171. Podeu veure el treball de ROJO TORRECILLA, E., «Derecho del Trabajo y empleo público. Reflexiones sobre jurisprudencia del TS y aportaciones del magistrado Manuel Ramón Alarcón». <<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2015/09/el-derecho-del-trabajo-y-el-empleo.html>>.

172. Quan l'activitat recolza essencialment sobre la mà d'obra, el concepte d'unitat productiva cedida no és identificable amb la contracta en el seu conjunt, sinó amb el de cadascuna de les entitats econòmiques que mantenen la seva identitat i han estat objecte de transmissió (STS de 8, 9 i 10 de juliol de 2014, Rec. 1741, 1201 i 1051-1013; i de 12 de març de 2015, Rec. 1480/14).

173. En aquest sentit, la STS de 19 de maig de 2015 (ROJ: 3028/2015) raona que «és difícil sostenir que hi ha successió d'empreses –quan es tracta de contractes administratius– quan ni tan sols s'han reprès els serveis propis de la contracta, ja que "aquesta circumstància, com és lògic, obsta –per principi i d'acord amb la jurisprudència esmentada abans– que es pugui mantenir l'existència de cap successió empresarial ex art. 44 ET" imputable a l'Administració Pública (STS 21/04/15, RCU 91/14)».

174. La sentència del TS de 18 de setembre de 2000 (Rec. 2281/1999) argumenta sobre aquest tema que: «Si en aquest article es diu que la nova empresa adjudicatària, en tot cas, està obligada a subrogar-se en els contractes dels treballadors adscrits al contracte i lloc de treball esmentats, sigui quina sigui la modalitat de contractació, com raona la sentència recorreguda, el fet que una part mínima de la jornada laboral es desenvolupi en un centre de treball que no és objecte de la contracta nova no impedeix, amb la limitació que conté aquesta sentència, que es dugui a terme la subrogació del contracte discutit; no estem davant d'una subrogació per canvi d'objecte, que continua sent el mateix, sinó per canvi del titular de la contracta». En aquest mateix sentit es pronuncia la STS de 21 de setembre de 2012 (Rec. 2247/2011).

formal, de l'activitat que els treballadors desenvolupen.¹⁷⁵ És a dir, que hi ha treballadors que fan tasques auxiliars respecte del centre de treball que és objecte de transmissió o, fins i tot, que presten serveis en la unitat específica que es transmet i també en la resta de l'activitat de l'empresa cedent respecte d'altres unitats o centres de treball, que no estan inclosos en la nòmina dels treballadors afectats per aquesta cessió.¹⁷⁶

En qualsevol cas,¹⁷⁷ i en conclusió d'acord amb la STJUE de 20 de gener de 2011 (afer C-463/09), esmentada ja d'una manera reiterada, inclusivament en aquests supòsits de reversió del servei a l'Administració o a l'ens públic que en depèn, els treballadors no s'integrarien a l'Administració en els casos següents: en primer lloc, en cas que el servei s'hagi de prestar amb els mitjans personals de què disposa l'Administració i sense recórrer a noves contractacions de personal;¹⁷⁸ i, en segon lloc, en cas que hi calgués nou personal, si l'Administració en fa la selecció abans de rescatar el servei.¹⁷⁹

Però, a més d'excloure aquests supòsits, i quan l'Administració s'hagi subrogat en les relacions laborals d'una manera efectiva i s'hagin complert els deures d'informació que la norma estableix,¹⁸⁰ cal tenir en compte que la subrogació no necessàriament és procedent en tots els casos, com ja avançàvem oportunament. A tall d'exemple, plantegen una problemàtica especial el personal directiu de l'empresa que cessa en la prestació del servei o els treballadors el contracte dels quals està motivat per una obra o un servei concrets en el marc de la contracta.

En el cas del personal directiu, però, cal advertir sobre dues qüestions: d'una banda, que cal delimitar les seves funcions d'una manera precisa, ja que, en alguns supòsits, la qualificació de relació laboral especial pot no ser prou justificada

175. En aquest sentit, la STS de 27 de desembre de 1989 (ROJ: STS 11335/1989) exposa: «La veritat és que aquests recurrents, segons es declara provat, només d'una manera merament formal i pel que fa a la seva incorporació al Règim de Seguretat Social, estaven adscrits a la plantilla de l'estació de Chamartín en els centres o mòduls afectats per l'extinció de la concessió, atès que la seva activitat es desenvolupava a l'àrea que comunament es denomina de serveis generals estesos a tots els centres de treball d'una empresa que no ha cessat en la seva activitat continuada en els que no estan afectats per l'extinció de la concessió, de manera que la no absorció dels demandants pels nous concessionaris troba la seva justificació, no en el mer fet de portar els cognoms que corresponen a la titularitat de l'empresa, com ells mateixos sostenen, sinó en el fet que en realitat no estan plenament integrats als centres concrets objecte de la concessió, per exercir el seu treball, com a reiteració del que s'ha dit, a l'àrea dels serveis generals de la demandada, ja que la subrogació que preveu l'art. 44, núm. 1, s'ajusta als contractes de treball adscrits a la unitat productiva autònoma que és objecte de canvi de titularitat».

176. STJCE 151/2009, de 29 de juliol de 2010, afer Ajuntament de La Línea de la Concepción.

177. Podeu consultar, de manera extensa, els treballs de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «Ejecución de los planes de ajuste y contratación pública», esmentat anteriorment, i MORA BONGERA, F., «Ejecución de planes de ajuste y empleo público. Incidencia de la reforma laboral del 2012», ambdós a *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 11-12 (2012), tot i que, ja es pot avançar, discrepo d'algunes de les posicions que apunten aquests autors, i més específicament en les conseqüències que s'han de produir en certs supòsits.

178. En relació amb aquest punt, podeu veure la STS de 17 de juny de 2002 (Rec. 4405/00); i la STSJ de Catalunya, Social, de 12 d'abril de 2011, Rec. 7585.

179. La sentència del TSJ d'Andalusia de 9 de febrer de 2017 (Rec. 765/2016) ampliaria aquests supòsits al personal que faci la inspecció de servei o l'assessorament jurídic a l'empresa, ja que ens trobaríem davant d'una reorganització del servei més que no pas davant d'una successió empresarial, de manera que no seria aplicable allò que el recurrent reclamava en virtut de l'article 44 ET o del seu conveni col·lectiu.

180. Si no es compleixen, no es produeix cap subrogació (STS de 16 de desembre de 2014, Rec. 1054/2013).

i, en aquest cas, la subrogació pot ser procedent;¹⁸¹ d'una altra, que l'afirmació que no cal la subrogació ha de ser matisada i,¹⁸² per a això, com ha posat en relleu MAURI, cal diferenciar dues qüestions: d'una banda, els efectes propis de la subrogació respecte al manteniment en la seva integritat dels drets pactats; i de l'altra, l'aplicació al personal d'alta direcció del principi general de conservació de la relació que preveu l'article 44 ET.¹⁸³

Respecte als contractes d'obra o servei, cal determinar si el servei objecte del contracte laboral, que l'article 15.1.a) ET preveu, ha de ser en si mateix –és a dir, per la seva naturalesa en relació amb l'activitat de l'empresa– un servei limitat temporalment o si, per contra, tot i ser un servei que, en principi, té una durada permanent, pot ser objecte d'un contracte d'obra o servei determinat quan, a la pràctica, per a l'empresari, el fet de dur a terme aquest servei queda limitat en el temps, no pel caràcter del servei, sinó per les condicions que s'han pactat amb un tercer, i per compte d'aquest tercer, per dur-lo a terme. En un primer moment, el que era decisiu per a qui assumeix la posició empresarial en aquest contracte és el caràcter temporal de l'activitat (STS de 15 de gener de 1997, ROJ: 99/1997) i, un cop acabada la concessió, s'hauria d'entendre que tant el contracte com l'activitat han finalitzat. Però la veritat és que, amb posterioritat, aquesta doctrina ha

181. D'aquesta manera, la sentència del TSJ de Castella-la Manxa de 28 de desembre de 2012 (Rec. 1479/2012) desestima el recurs interposat pel Consorci de Gestió de Residus Urbans perquè, a l'igual de la sentència d'instància, entén que la relació entre el consorci i el seu gerent era laboral ordinària, encara que el contracte la qualificués d'especial. Aquesta decisió es fonamenta en el fet que les funcions dutes a terme pel treballador, que no formava part de la Comissió de Govern del consorci, no eren directives, sinó de mera proposta, atès que estava sotmès sempre a la secretària i a la presidència del consorci, com també al diputat provincial delegat, que eren els qui prenen les decisions, sense que fos aplicable l'article 13-4 de l'EBEP, norma publicada abans de la contractació de l'actor, perquè no hi concorrien les característiques que exigeix l'article 1-2 del RD 1382/1985 a aquest efecte. Igualment, la sentència del TSJ de Madrid de 6 d'octubre de 2008 (Rec. 3405/2008) inclou el supòsit del cas del director del centre de l'Institut Cervantes a Rabat, que feia les tasques pròpies de la direcció d'un centre per al desenvolupament i la difusió de l'idioma d'acord amb les directrius que establia un «Manual de procediment dels centres», tant en l'acompliment de les tasques culturals com en el de la direcció de personal i en altres tasques administratives i de règim intern, i amb submissió a les normes i al control dels òrgans superiors de l'institut. La sentència del TSJ de Madrid estima que la relació laboral existent era comuna i no especial d'alta direcció, vistes les limitacions imposades al treballador en l'exercici de les seves funcions amb submissió a uns protocols d'actuació, a les instruccions de comandaments intermedis de l'institut, que fins i tot havien d'aprovar certes actuacions, sense oblidar que per disposar de fons no n'hi havia prou amb la seva signatura, sinó que calia la signatura mancomunada amb una altra persona autoritzada.

182. Altrament, tal com ha assenyalat també el Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea, els representants legals dels treballadors que exercien aquesta funció en les empreses concessionàries dels serveis públics transferits, en el supòsit enjudiciat, a un ajuntament, han de continuar exercint la seva funció en les dependències d'aquest ajuntament, de la mateixa manera que els directius, ja que «el simple canvi dels màxims responsables jeràrquics (que ara són l'alcalde i els regidors respectius) de per si no pot menyscarbar l'autonomia de l'entitat transmesa, llevat que els nous màxims superiors jeràrquics disposin de facultats que els permetin organitzar directament l'activitat dels treballadors de l'entitat referida i substituir així els superiors immediats d'aquests treballadors en l'adopció de decisions dins d'aquesta última» (STJCE 151/2009, de 29 de juliol de 2010, afer Ajuntament de La Línia de la Concepció).

183. MAURI MAJÓS, J., «L'assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics...», *op. cit.*, exposa: «S'afirma el principi de subrogació empresarial també en els contractes d'alta direcció, però no el manteniment necessari de la relació especial de la qual es pot desistir immediatament en els termes de l'article 11 del Reial Decret 1382/1985, d'1 d'agost, en el benentès que aquest desistiment es produirà mantenint la "integritat convencional" de la relació existent, és a dir, sense que la novació subjectiva en la persona de l'empresari sigui seguida d'una novació objectiva en els termes del seu contracte, la qual cosa implica el manteniment de la indemnització pactada prèviament amb l'empresari anterior. Aquest plantejament té tota la seva importància en el sector públic vista la disposició addicional vuitena, apartat dos, de la Llei 3/2012, de 6 de juliol, de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball, que assenjala expressament que l'extinció, per desistiment de l'empresari, dels contractes mercantils i d'alta direcció del personal que prestí els seus serveis en el sector públic, únicament donarà lloc a una indemnització no superior a set dies per any de servei de la retribució anual en metàl·lic, amb un màxim de sis mensualitats; una norma que, segons el seu apartat set, és aplicable als ens, consorcis, societats, organismes i fundacions que conformen el sector públic autònom i local.»

anat evolucionant sobre el raonament que la relació de treball va néixer vinculada a una obra o un servei determinat i que la successió empresarial no ha d'afectar la seva pervivència, ans al contrari, és, precisament, la manifestació de la seva continuïtat. Així doncs, quan l'article 44.1 ET estableix que el nou empresari queda subrogat en els drets i les obligacions laborals de l'anterior, no limita l'efecte subrogatori als contractes de treball indefinits, sinó que els inclou tots i que aquesta obligació no desapareix pel fet que el contractista anterior hagi declarat acabat el contracte de treball com a conseqüència de la successió, ja que aquesta iniciativa no trenca el vincle existent, per raó de la prestació de serveis, entre la demanant i l'empresa successora.¹⁸⁴

Així mateix, caldria afegir als supòsits conflictius els casos en què es tracta d'un servei dels anomenats impropis, o aquells en què per raons economicofinanceres l'entitat local deixa de prestar el servei que fins a aquest moment era externalitzat. En aquests supòsits, en opinió de RODRÍGUEZ ESCANCIANO,¹⁸⁵ l'empresa concessionària o contractista, per raons organitzatives, ha de procedir a extingir els contractes laborals afectats amb el compliment previ dels requisits legals que estableix la normativa social d'aplicació comuna (acomiadament objectiu, art. 52 c) ET, o acomiadament col·lectiu, art. 51 ET) i ha de posar a disposició dels treballadors la indemnització prevista legalment, xifrada en 20 dies de salari per any de servei, amb un màxim de 12 mensualitats.¹⁸⁶ No obstant això, la jurisprudència dels nostres tribunals, òbviament, penalitza els casos en què, per eludir la subrogació preceptiva en els contractes laborals, es recorre al frau de llei mitjançant l'acomiadament objectiu previ dels treballadors,¹⁸⁷ i, tot i que perquè el mecanisme subrogatori operi ¹⁸⁸ s'exigeix que la relació estigui plenament vigent, també

184. Sentències del Tribunal Suprem, Sala Quarta, de 29 de maig de 2008 (Rec. 3617/2006), 28 d'abril de 2009 (Rec. 4614/2007), 10 de maig de 2013 (Rec. 683/2012) i 15 de juliol de 2013 (Rec. 1377/2012).

185. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La remunicipalización...», *op. cit.*, tot i advertir que una altra cosa és que, tal com ha reconegut alguna sentència, hi concorrin els requisits d'una cessió il·legal de treballadors per part de l'empresa contractista a l'Administració, en aquest cas cal reconèixer la improcedència de l'acomiadament, i davant la impossibilitat de readmissió, pel fet que el centre de treball on el treballador prestava serveis no existeix, llavors és procedent extingir els contractes de treball amb les indemnitzacions pertinents (que ara és de 33 dies de salari per any de servei; abans eren 45 dies), i en són responsables solidaris l'empresa adjudicatària i l'Administració, segons el que disposa la STSJ, Social, de les Illes Balears de 24 d'octubre de 2013, Rec. 470/2013. Podeu consultar, així mateix, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Los despidos objetivos en las Administraciones Públicas, rescate de contratos y concesiones y supresión de entidades o estructuras administrativas», a CASTILLO BLANCO, F. A. (coord.), *La reforma del Sector Público*, Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014.

186. No obstant això, cal distingir d'aquests supòsits la dissolució d'un ens de segon grau, en què les conseqüències poden ser unes altres. Així doncs, és interessant destacar la sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia de Sevilla de 12 de gener de 2012 (i també la de 15 de setembre de 2011) en la qual, en una situació de rescat dels mitjans materials i personals vinculats a la gestió del cicle integral de l'aigua, després de la desaparició d'una Mancomunitat, per part de l'II-Im. Ajuntament de Bollullos del Condado, els mitjans materials i personals han de ser assumits per l'empresa concessionària del servei. Això determina la responsabilitat solidària de l'II-Im. Ajuntament de Bollullos del Condado i de la seva concessionària en les conseqüències econòmiques de l'acomiadament improcedent acordat, i la condemna a la concessionària, que ha d'optar entre la readmissió de l'interessat o el pagament d'una indemnització com actual prestatària del servei.

187. El suposat s'ha esdevingut a propòsit dels Consorcis UDTLT a Andalusia, i amb referència a això, la STS d'11 de març de 2015 (ROJ: 1749/2015), entre altres raons, argumenta que: «Totes aquestes dades ens porten a la convicció que efectivament sí que hi va concórrer el frau que s'imputa, amb desviació de poder per part de les administracions públiques demandades [...]».

188. La STS de 20 de setembre de 2016 (Rec. 3954/14) recorda que «[...] és constant en la jurisprudència l'exigència que el contracte es trobi en vigor perquè hi pugui operar el mecanisme subrogatori. L'efecte de manteniment del vincle requereix lògicament

atorga empara als supòsits de contractes temporals en què no s'ha produït una ruptura significativa del vincle contractual.¹⁸⁹

10.2. És preceptiva la subrogació per als treballadors afectats?

Tal com hem indicat, el TJUE ha sostingut reiteradament en diferents resolucions que:

Les normes de la directiva, i en particular les relatives a la protecció dels treballadors en contra de l'acomiadament per causa de transmissió, han de ser considerades imperatives en el sentit que no es poden establir excepcions en perjudici dels treballadors. D'això es dedueix que, en cas de transmissió d'empresa, el contracte de treball o la relació laboral que vincula el personal de l'empresa transmesa deixa de vincular el cedent i continua de ple dret amb el cessionari, atès el caràcter imperatiu de la protecció que la directiva organitza i sota pena de privar realment els treballadors d'aquesta protecció, la transferència dels contractes de treball no pot restar supeditada a la voluntat del cedent o del cessionari i, en particular, el cessionari no es pot oposar a la directiva i negar-se a complir les seves obligacions.

Encara més: aquesta obligació imperativa de subrogació en les relacions de treball generada en els supòsits normatius ressenyats de la normativa comunitària i de l'article 44 ET opera, per imperatiu de la llei (*ope legis*), i no requereix ni tan sols que hi hagi un acord exprés entre les parts del contracte de treball. Com reconeix la sentència del TS de 6 d'octubre de 2011 (Rec. 138/2010), citant l'anterior de 21 de març de 2005:

És doctrina que aquesta Sala manté com a unificada [...] la de distingir entre els efectes d'una successió empresarial que es produeix de conformitat amb les exigències de la normativa vigent sobre aquest particular (article 44 ET i convenis col·lectius d'aplicació), i els efectes d'una cessió de contractes entre empreses [...] per arribar a la conclusió que mentre la successió normativa té caràcter imperatiu per a l'empresari i el treballador, la cessió contractual requereix per a la seva

que aquest es trobi vigent, per això l'art. 3.1 de la Directiva 2001/23 estableix que "els drets i les obligacions que resultin per al cedent d'un contracte de treball o d'una relació laboral, existent en la data del traspàs, són transferits al cessionari com a conseqüència del traspàs", i l'art. 44 ET disposa que el canvi de titular no extingeix per si mateix la relació laboral, perquè parteix de la subsistència d'aquesta relació en el moment de la transmissió, atès que és l'única manera com es pot acceptar l'existència d'una novació subjectiva, ja que resulta impossible acceptar la modificació d'una relació jurídica ja extingida. En conseqüència, l'article 44 no impedeix el joc de les diferents causes d'extinció del contracte: no és, per tant, una garantia absoluta de continuïtat de les relacions laborals, sinó únicament que aquestes no s'extingeixen pel fet del canvi de titularitat».

189. L'existència d'unitat de vincle contractual es va identificar inicialment amb les interrupcions superiors al termini de caducitat de vint dies hàbils en la successió dels contractes, tot i que, posteriorment, aquest criteri s'ha estès a períodes que no tenen rellevància pel que fa a la durada total dels serveis prestats (STS 23/02/16, Rec. 1423/14), encara que s'hagin percebut prestacions per desocupació (STS 15/05/15, Rec. 878/14), als casos en què s'acrediti una contractació temporal irregular o s'hagi adquirit la condició de treballador indefinit segons el que preveu l'article 15.5 ET (STS 8/11/16, Rec. 310/15), i també a aquells en què s'acrediti una actuació fraudulenta de l'empresa, com passa quan l'absència de prestació de serveis es fa coincidir amb el període de vacances (STS 8/03/07, Rec. 175/04; 17/12/07, Rec. 199/04; i 18/02/09, Rec. 3256/07).

validesa el consentiment del treballador, com exigeixen l'article 1205 del Codi civil i les disposicions concordants. I si en aquest cas ja hem dit que han quedat acreditats els requisits que configuren la successió d'empreses, no és preceptiu el consentiment individualitzat dels treballadors perquè operi amb tots els seus efectes la subrogació en els seus contractes de treball, salvant la possibilitat que puguin exercir les accions legals oportunes els qui considerin a títol personal que no haurien de veure's afectats per no estar adscrits a la unitat productiva objecte de la transmissió.

És cert que, respecte d'aquesta darrera asseveració, si la cessió dels contractes no s'imposa únicament a l'empresari entrant, sinó també als treballadors afectats, cal preguntar-se si el personal afectat es pot negar-se al fet que el seu contracte sigui transferit al nou contractista o concessionari o a l'Administració, en cas que aquesta assumeixi la gestió directa del servei. Amb referència a això, el Tribunal Suprem mateix ha assenyalat *obiter dicta* que «en aquest cas no hi ha transmissió d'empresa, però, fins i tot en el cas que n'hi hagués, el treballador no podria ser transferit obligatòriament a l'empresa adquirent, encara que el seu contracte amb el cedent es veuria potser afectat per les conseqüències derivades d'aquesta transmissió; aquesta qüestió, malgrat l'indubtable interès que té, no pot ser abordada aquí perquè queda al marge de la decisió del plet» (STS de 20 d'octubre de 2004, RJ 7162).

En relació amb aquest punt, el TJCE ha precisat en sentència de 24 de gener de 2002 (afer Temco) que:

L'article 3r, apartat 1, de la directiva enuncia el principi de la transmissió automàtica al cessionari dels drets i les obligacions que resultin per al cedent dels contractes de treball existents en la data de la transmissió de l'empresa. La norma que resulta d'aquestes disposicions, segons la qual la transmissió té lloc sense el consentiment de les parts de què es tracti, s'ha de considerar imperativa; en perjudici dels treballadors, no es poden admetre excepcions al que preveu. Per tant, l'efectivitat dels drets que la directiva confereix als treballadors no pot dependre de la voluntat del cedent, ni del cessionari, ni dels representants dels treballadors, ni tan sols dels treballadors mateixos (sentència de 25 de juliol de 1991, D'Urso i d'altres, C-362/89). No obstant això, encara que la transmissió del contracte de treball s'imposa tant a l'empresari com al treballador, el Tribunal de Justícia ha admès la facultat del treballador per negar-se al fet que el seu contracte de treball sigui transferit al cessionari (vegeu la sentència de 16 desembre de 1992, Katsikas i d'altres, afers acumulats C-132/91, C-138/91 i C-139/91). En aquest cas, la situació del treballador depèn de la legislació de cada Estat membre: bé el contracte de treball que vincula el treballador amb l'empresa cedent pot ser resolt a iniciativa del treballador o de l'empresari, o bé el contracte es manté en vigor amb aquesta empresa (vegeu, en particular, la sentència Katsikas i d'altres).

Això planteja un cert problema ja que, com ha posat en relleu la doctrina laboralista, el contracte no es considera vigent amb l'empresa sortint, sinó resolt a ini-

ciativa del treballador, o bé, encara que es consideri vigent, la negativa del treballador hauria d'interpretar-se com un incompliment d'una ordre empresarial legítima susceptible de ser sancionat disciplinàriament. Aquesta conclusió se situa en contradicció oberta amb la tesi imperant en la nostra jurisprudència en els casos de subrogació convencional, ja que si el treballador afectat no consent la subrogació, el seu contracte es considera vigent amb l'empresari sortint, sense perjudici que aquest pugui recórrer, si escau, a un acomiadament per causes empresarials.¹⁹⁰

10.3. L'estatut jurídic del personal integrat

Quan el cessionari és l'Administració pública, immediatament sorgeixen nombroses preguntes a les quals cal atendre en aquell moment, com ara: com s'hi incorporen?, amb quins drets i obligacions?, quin règim jurídic se'ls aplica?, etc.

Cal observar una qüestió afegida, i de certa rellevància en aquests processos,¹⁹¹ com ho és la qualitat del cessionari que és una Administració, un ens del sector públic o una societat pública. Com ja hem dit, en els supòsits en què l'Administració o alguna de les seves personificacions instrumentals continua prestant el servei resulta complex, a part del que ja s'ha expressat, determinar en quines condicions ingressa aquest personal a l'Administració. És a dir, pel que fa al personal fix que presta els seus serveis en els centres d'activitat que retornen al sector públic, si es respecta o no aquesta condició. L'accés a l'ocupació pública, ja ho sabem, ha de complir els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, i la concurrència d'aquests principis en aquests processos no sempre es produeix. Almenys formalment.

10.3.1. La determinació de l'estatut jurídic

Aquesta qüestió és que necessàriament s'ha de discutir dins les situacions problemàtiques que aquests processos plantegen, i és que, fins ara, no es pot apuntar una conclusió definitiva a aquesta qüestió transcendental, respecte de la qual hi ha diverses solucions alternatives.

190. Podeu veure, en aquest sentit, REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. i SERRANO OLIVARES, R., «El régimen jurídico de la transmisión de empresa...», *op. cit.*, p. 238.

191. Aquesta mena de situacions, juntament amb la subrogació de l'Ajuntament quan assumeix l'execució del contracte pels seus propis mitjans, que és la que aquí s'aborda, es planteja també amb diferent intensitat en altres supòsits, si bé és cert que amb un abast diferent en cada cas, a saber: successió d'empresa i subrogació laboral quan hi ha canvi d'adjudicatari en un contracte administratiu; subrogació d'un contractista en el personal municipal quan l'Ajuntament decideix prestar mitjançant contracte un servei que prestava directament («externalització»); adquisició de la condició de treballador «indefinit» de l'Ajuntament de treballadors d'una empresa contractada per l'Ajuntament per dur a terme uns serveis determinats.

A) La solució recurrent i tradicional: el personal indefinit no fix¹⁹²

Aquesta és, almenys així ho ha conclòs alguna jurisprudència, la situació en què s'hauria de qualificar aquests treballadors procedents de contractes que s'internalitzen a l'Administració pública o a altres ens públics. Cal deixar clar que es tracta de l'anomenat personal indefinit no fix,¹⁹³ però no del personal fix tal com l'entén el dret laboral ordinari. Per a aquesta jurisprudència, de la qual pot ser representativa la STSJ de Castella i Lleó de Valladolid, Sala Social, de 9 de novembre de 2011 (Rec. 1693/2011), que apel·la el sentit funcional de la successió d'empreses al·ludit anteriorment,¹⁹⁴ cal considerar que:

[...] sense que a aquests efectes tingui cap rellevància que aquesta empresa sigui una Administració pública, i això independentment que els treballadors que hi hagin estat integrats així, com que no han passat per un procés selectiu destinat a garantir els principis d'igualtat, mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública, només puguin ser considerats al si d'aquesta com a «indefinitos no fijos», amb les conseqüències que preveu la disposició adicional quinzena de l'Estatut dels treballadors, és a dir, això no és obstacle per a l'obligació de procedir a la cobertura dels llocs de treball de què es tracti a través dels procediments ordinaris, d'acord amb el que estableix la normativa aplicable, i el treballador indefinit no fix ha de continuar exercint el lloc que ocupava fins que es procedeixi a la seva cobertura pels procediments abans indicats, mo-

192. L'anàlisi del personal laboral «indefinit no fix» no és l'objecte d'aquest treball, però amb relació a aquesta figura i les seves conseqüències podeu veure GOERLICH PESET, J. M. i VEGA LÓPEZ, J., «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla», *Relaciones Laborales*, núm. 11 (1998), p. 14 i s.; BOLTAINA BOSCH, X., «Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública», *Aranzadi Social*, núm. 4 (2002), p. 83 i s. i 121-122; i SALA FRANCO, T., «El personal laboral, la relación laboral especial de empleo público», a SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 121-122.

193. D'anomalia jurídica qualifica aquesta figura MONEREO PÉREZ, J. L., «Las reestructuraciones en el sector público...», *op. cit.*, p. 245, i afegeix que produeix una tensió enorme entre el dret administratiu i el dret del treball, i, cal advertir, en el marc d'un ordre jurídic global conjuntament vulnerat!

194. La sentència, que segueix una jurisprudència anterior (STS, Social, de 20 de gener de 1998, de 19 de juny de 2002, de 17 de setembre de 2002, de 19 de novembre de 2002, d'11 de desembre de 2002, de 27 de desembre de 2002 i de 28 d'octubre de 2003), aborda el cas de les treballadores que prestaven serveis de neteja en escoles i altres centres de la localitat de Toro ocupades per diferents subcontractistes de l'Ajuntament, i el 30 d'abril de 2004 l'empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia SA es va subrogar en les seves contractes. En acabar el contracte d'aquesta empresa, l'Ajuntament va assumir el servei i va contractar les treballadores que Seralia destinava a la neteja de les diferents escoles de la localitat, de manera que va subscriure amb aquestes treballadores un contracte per obra o servei determinat que consistia en la «neteja d'escoles durant el període lectiu de les escoles». Com que no es va reconèixer l'existència de successió, sinó una contractació nova, les dues actores van interposar demandes per acomiadament contra l'Ajuntament de Toro i contra Seralia, i, finalment, l'Ajuntament va ser condemnat. En aquest sentit, la sentència raona que: «[...] ja que en el cas dels serveis de neteja com els que es descriuen aquí estem davant d'una contracta basada en la mà d'obra i no en l'aportació de mitjans materials, de manera que la successió es produeix mitjançant la figura de la "successió de plantilla" quan una part substancial de la plantilla és assumida per l'empresa cessionària. El Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea ha declarat que, en els sectors l'activitat dels quals es basa fonamentalment en la mà d'obra, un conjunt de treballadors que exerceix de forma duradora una activitat comuna pot constituir una entitat econòmica i, per això, en aquest cas, l'entitat pot mantenir la seva identitat fins i tot després de la transmissió quan l'empresari nou no es limiti a continuar amb l'activitat de què es tracta, sinó que a més es faci càrrec d'una part essencial, en termes de nombre i de competències, del personal que el seu antecessor destinava especialment a aquesta tasca (podeu veure, en particular, les sentències Süzen, abans esmentades, i la de 10 de desembre de 1998, cas Sánchez Hidalgo, afers acumulats C-173/1996 i C-247/1996). Aquesta mateixa doctrina ha estat acceptada per la Sala Quarta del Tribunal Suprem a partir de la seva sentència de 27 d'octubre de 2004, RCU 899/2002. I, en aquest cas, consta provat que l'Ajuntament s'ha fet càrrec de tots els treballadors del contractista anterior, encara que sigui per la subscripció de contractes temporals, de manera que *de facto* l'organització productiva dedicada a la neteja de les escoles que estava sent identificada essencialment pel conjunt de la plantilla adscrit a aquesta activitat ha estat assumida directament per l'empresa principal [...]».

ment en què es produirà l'extinció de la relació laboral, llevat que el treballador esmentat acceixi a ocupació pública, superant el corresponent procés selectiu.

Així mateix, hi ha altres pronunciaments jurisprudencials que han insistit en aquesta conclusió, com ara SAN de 29 d'octubre de 2013 (ROJ: 4545/2013), STSJ de les Illes Balears, de 8 de maig de 2014 (ROJ: 502/2014); STSJ de Canàries, Tenerife, de 22 de desembre de 2014 (ROJ: 4136/2014); o, per citar un últim pronunciament, la STSJ de Múrcia de 15 de febrer de 2016 (ROJ: 247/2016). I la doctrina laboralista també s'havia mostrat, amb caràcter general, favorable a aquesta conclusió.¹⁹⁵

En un primer acostament, un «indefinit no fix» seria aquella persona que, d'acord amb la legislació laboral, tindria un contracte indefinit però que, com a conseqüència del fet de no haver superat un procés d'accés a l'ocupació pública d'acord amb els principis constitucionals (igualtat, mèrit, capacitat i publicitat), no té la consideració de fix,¹⁹⁶ declaració que queda reservada als tribunals.¹⁹⁷

195. Podeu veure, per tots, PUEBLA PINILLA, A. DE LA, «Problemas laborales...», que exposa que: «La veritat és que fa temps que la doctrina judicial va trobar resposta per resoldre la contradicció que planteja la subjecció de l'Administració a la normativa laboral. La figura de l'indefinit no fix a l'Administració pública va ser dissenyada judicialment per als treballadors que han d'incorporar-se a la plantilla d'una Administració pública per l'aplicació de les normes laborals –les que disposen, per exemple, la conversió en indefinits dels treballadors que hagin estat contractats fraudulentament com a temporals–. Es tracta de treballadors permanents que no han adquirit la “fixesa”, la condició de fix de plantilla (i, en conseqüència, no tenen dret al lloc de treball), perquè no hi han accedit d'acord amb el procediment reglamentari establert per als llocs de caràcter permanent».

Aquesta mateixa solució es podria aplicar en els casos en què la incorporació a la plantilla d'ens públic es produeix ex article 44 ET. No s'hi oposen, a aquesta conclusió, els articles 91 LBR i 301.4 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (LCSP), que prohibeix «la consolidació de les persones que hagin realitzat els treballs objecte del contracte com a personal de l'ens, organisme o entitat del sector públic contractant». Cal recordar que aquest precepte fa referència als contractes de serveis i no als de gestió de serveis públics, als quals es reconduïxen la major part dels supòsits que s'analitzen. La referència a la consolidació, d'altra banda, es pot interpretar com una prohibició d'incorporar aquest personal a la plantilla municipal amb caràcter definitiu sense sotmetre-la als procediments d'accés reglamentaris, però no necessàriament com un obstacle insalvable per incorporar-los-hi en els termes proposats. Tampoc no és determinant, en tant que té el valor d'una simple recomanació, la DA 1a del Reial decret legislatiu 20/2012, que disposa que «Els ens, organismes i entitats que formen part del sector públic d'acord amb l'article 3.1 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, han de dictar en els seus àmbits respectius de competències les instruccions pertinents per a l'execució correcta dels serveis externs que hagin contractat, de manera que quedi clarificada la relació entre els gestors de l'Administració i el personal de l'empresa contractada, i evitar, en tot cas, actes que es puguin considerar determinants per al reconeixement d'una relació laboral, sense perjudici de les facultats que la legislació de contractes del sector públic reconeix a l'òrgan de contractació quant a l'execució dels contractes».

196. Entorn d'aquest punt, podeu veure VEGA LÓPEZ, J. J. i GOERLICH PESET, J. M., «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?: los trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla (a propósito de las SSTs, dictadas en unificación de doctrina, de 7 de octubre y 10 y 30 de diciembre de 1996 y 14 de marzo, de 24 abril y 7 de julio de 1997)», *Relaciones Laborales*, núm. 1 (1998), p. 569 i s., que exposen que la sentència de la Sala Social del Tribunal Suprem de 7 d'octubre de 1996 recollia el següent: «Els preceptes sobre els efectes legals de l'acomiadament improcedent (i la mateixa conclusió ha de valer per a l'acomiadament nul) s'apliquen íntegrament als acomiadaments acordats per les administracions públiques, sense que els principis de mèrit i capacitat que estableix l'art. 103.3 de la Constitució siguin obstacle per imposar a l'Administració ocupadora deures d'indemnització o de readmissió. Ara bé, d'acord amb la doctrina jurisprudencial unificada mateixa, aquesta conclusió no enerva el deure de les administracions públiques de manteniment als sistemes o els procediments de contractació que concretin la posada en pràctica d'aquests principis constitucionals. D'aquesta segona premissa general es desprèn una conseqüència per a la decisió del cas enjudiciat que suposa una precisió o una matisació de la doctrina de la Sala en aquesta matèria. Aquesta precisió no afecta la qualificació de la modalitat del contracte de treball segons la seva durada, sinó la qualificació de la posició subjectiva del treballador en l'Administració pública, i pot formular-se de la manera següent: la contractació laboral a l'Administració pública al marge d'un sistema adequat de ponderació de mèrit i capacitat impedeix equiparar als demandants a treballadors fijos de plantilla, condició lligada a la contractació pel procediment reglamentari, sense perjudici de la seva consideració, si escau, com a treballadors vinculats per un contracte de treball per temps indefinit (fonament de dret segon)».

197. En l'actualitat, en relació amb aquest aspecte, podeu veure la disposició addicional trenta-quatre, apartat 2, LPGE 2017, que en conté una prohibició expressa quan afirma que «[...] els òrgans de personal esmentats no poden atribuir la condició d'indefinit no fix a personal amb un contracte de treball temporal, ni a personal d'empreses que, al seu torn, tinguin un contracte administratiu amb l'Administració respectiva, excepte quan això es derivi d'una resolució judicial». També podeu consultar aquest comentari meu sobre

Així mateix, convé recordar que el TS mateix va qualificar com a problema complex, difícil i especialment vidriós la qüestió referida a la indefinició de la relació jurídica laboral en l'àmbit de l'Administració pública, i va destacar la complexitat que implica l'existència convergent de normes que pertanyen a les branques social i administrativa del dret, cadascuna de les quals s'inspira en principis i es dicta amb fins diferents, si no essencialment contradictoris (STS de 18 de juliol de 1990; i de 24 de juliol de 1997).

Cal no oblidar que aquesta situació era tributària, en gran manera, de l'actitud descurada i arbitrària de l'Administració mateixa i, sobretot, d'alguns dels seus gestors, els quals reiteradament, i emparant-se en una situació de suposada absència de responsabilitat, han actuat de manera irresponsable i han consagrat l'abús de dret i el frau de llei com a tècniques habituals de contractació, i com a remei irregular per suplir la manca d'una planificació de plantilles adequada i, amb això, han desconegut els principis més elementals del dret laboral.

I, per si no fos prou, en absència de qualsevol tipus de responsabilitat a efectes pràctics. Almenys fins ara.¹⁹⁸ És cert que, en el cas de les entitats locals, es podia fer la mateixa deducció, en el supòsit d'haver de fer front a indemnitzacions d'acord amb el que disposa la legislació local.¹⁹⁹ I, de fet, en alguns supòsits, els tribunals penals han considerat l'existència de prevaricació.²⁰⁰

la qüestió, igualment recent, a <<http://www.acalsl.com/blog/2016/05/pueden-los-ayuntamientos-declarar-al-personal-laboral-en-la-condicion-de-indefinido-no-fijos>>.

198. Efectivament, la LPGE 2017 recull, en la disposició addicional trenta-quatre, sota l'epígraf *Exigència de responsabilitats en les administracions públiques i entitats que en depenen per la utilització de la contractació laboral*, les previsions següents:

«Un. Els contractes de treball de personal laboral en les administracions públiques i en el seu sector públic, sigui quina sigui la seva durada, s'han de formalitzar seguint les prescripcions i els termes que estableix l'Estatut dels treballadors i la resta de la normativa reguladora de la contractació laboral, i també d'acord amb els previsions de la Llei de pressupostos generals de l'Estat corresponent, els són aplicables els principis d'igualtat, publicitat, mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública, i han de respectar en tot cas el que disposa la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al Servei de les Administracions Públiques, i qualsevol altra normativa en matèria d'incompatibilitats.

Dos. Els òrgans competents en matèria de personal en cadascuna de les administracions públiques i en les entitats que conformen el seu sector públic instrumental són responsables del compliment de la normativa esmentada, i especialment han de vetllar per evitar qualsevol tipus d'irregularitat en la contractació laboral temporal que pugui donar lloc a la conversió d'un contracte temporal en indefinit no fix.

Tres. Les actuacions irregulars en aquesta matèria donen lloc a l'exigència de responsabilitats als titulars dels òrgans que esmenta l'apartat segon, de conformitat amb la normativa vigent en cadascuna de les administracions públiques.

Quatre. Les administracions públiques han de promoure en els seus àmbits respectius el desenvolupament de criteris d'actuació que permetin assegurar el compliment d'aquesta disposició així com una actuació coordinada dels diferents òrgans amb competència en matèria de personal.

Cinc. Aquesta disposició, que té una vigència indefinida i té efectes en les actuacions que es duguin a terme després de la seva entrada en vigor, es dicta a l'empara de l'article 149.1.18.a de la Constitució, pel que fa al règim jurídic de les administracions públiques i el sistema de responsabilitat de totes les administracions públiques.»

199. En efecte, l'article 78 LBRL estableix que:

«1. Els membres de les corporacions locals estan subjectes a responsabilitat civil i penal pels actes i omissions realitzats en l'exercici del seu càrrec. Les responsabilitats s'exigeixen davant els tribunals de justícia competents i es tramiten pel procediment ordinari aplicable.

2. Són responsables dels acords de les corporacions locals els membres d'aquestes que els hagin votat favorablement.

3. Les corporacions locals poden exigir la responsabilitat dels seus membres quan, per dol o culpa greu, hagin causat danys i perjudicis a la corporació o a tercers, si aquests han estat indemnitzats per aquella.

4. Els presidents de les corporacions locals poden sancionar amb una multa els membres d'aquestes, per falta no justificada d'assistència a les sessions o incompliment reiterat de les seves obligacions, en els termes que determini la Llei de la comunitat autònoma, i supletòriament, la de l'Estat.»

200. Efectivament, la Sentència de l'Audiència Provincial de Pontevedra de 23 de juliol de 2001 va arribar a apreciar la comissió d'un delictes continuat de prevaricació administrativa per part de l'alcalde i de diversos regidors de l'Ajuntament de Ponteareas, a causa de

Aquesta tasca «quasilegislativa» de la jurisprudència ha fet que els tribunals hagin hagut d'articular una sortida més o menys equilibrada a la situació, per tal de salvaguardar principis constitucionals, que finalment el legislador ha recollit *ex post*.²⁰¹

Una figura, hem d'afegir, que ha sofert una evolució important, ja que la creació jurisprudencial de la figura del treballador «indefinit no fix» s'ha esdevingut al llarg de diverses etapes que posen de manifest el conflicte entre els principis que informen el dret laboral, i els seus incompliments per part dels ocupadors públics, i els principis que ordenen l'accés a l'ocupació pública. En realitat, aquest conflicte sempre va ser present, fins i tot abans que s'atorgués carta de naturalesa a aquesta figura.²⁰²

la conversió en indefinits no fixos de diversos treballadors precaris fraudulentament contractats, i afirmava el següent: «Són casos en què es contractava amb caràcter temporal sota el pretext de la necessitat o la urgència i amb referència a la cobertura per algun decret. Fins aquí és acceptable, però després se succeeixen pròrrogues d'aquest contracte quan ja no és justificable ni la urgència ni la necessitat, de manera que la cobertura legal resulta discutible. I, finalment, ja sense cap motivació, aquell contracte temporal, de naturalesa provisional, es converteix sense més en indefinit o fix, sense que s'hagi seguit cap tràmit previ de creació del lloc de treball, ni d'oferta d'ocupació ni, per descomptat, de selecció entre aspirants. Aquest darrer pas, que és la culminació dels precedents, ja és constituït del delictes de prevaricació esmentat».

En el mateix sentit s'expressa la Sentència de l'Audiència Provincial d'Albacete de 5 de maig de 2014 que condemna un alcalde a inhabilitació especial per incórrer en prevaricació administrativa. El supòsit de fet enjudiciat es referia a la dona de l'alcalde de Villalgorido del Júcar, contractada com a indefinida no fixa per l'Ajuntament en qüestió, amb aquest triple resultat: 1) «amb data 27 de maig de 2009 el Jutjat Contencios 1 d'Albacete resol el recurs interposat per l'ara querellant Teodolfo, portaveu del grup municipal popular de l'Ajuntament [...] en el qual s'impugna la contractació efectuada [...] i s'acorda la nul·litat de ple dret de les resolucions de l'alcaldia [...] i [...] s'obliga l'Ajuntament a resoldre els contractes laborals declarats nuls»; 2) en canvi, «la Sentència de 4 de setembre de 2009 del Jutjat del Social 1 d'Albacete declara la improcedència de l'acomiadament efectuat, acomiadament efectuat en compliment de la sentència contenciosa, i estableix l'obligació de l'Ajuntament d'indemnitzar la treballadora»; i 3) finalment, «el 21 d'octubre de 2013, el Jutjat penal núm. 1 d'Albacete condemna el querellant per la comissió del delictes esmentat de prevaricació administrativa».

201. Així doncs, es va modificar la disposició addicional quinzena ET, mitjançant la Llei 43/2006, de 29 de desembre, per a la millora del creixement i de l'ocupació, perquè establis que:

«El que disposen l'article 15.1.a) en matèria de durada màxima del contracte per obra o servei determinats i l'article 15.5 sobre límits a l'encadenament de contractes té efectes en l'àmbit de les administracions públiques i els organismes públics que hi estan vinculats o en depenen, sense perjudici de l'aplicació dels principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública, de manera que no és obstacle per a l'obligació de cobrir els llocs de treball de què es tracti a través dels procediments ordinaris, d'acord amb el que estableix la normativa aplicable.

En compliment d'aquesta previsió, el treballador ha de continuar exercint el lloc de treball que ocupava fins que es cobreixi pels procediments indicats anteriorment, moment en què es produeix l'extinció de la relació laboral, llevat que aquest treballador accedeixi a una ocupació pública, superant el procés selectiu corresponent.»

Així mateix, cal fer esment de les reformes introduïdes posteriorment mitjançant la Llei 35/2010, de 17 de setembre; igualment, l'EBEP mateix en els articles 8 i 11 deixa entreveure l'existència d'aquesta figura, tot i que, certament, ho fa per motius diferents (es va incloure a partir d'una esmena del grup basc per reconèixer aquesta condició als professors de religió).

202. En una primera etapa, els tribunals es van decantar per l'aplicació de les normes administratives, perquè entenien que era inadmissible que la comissió d'irregularitats en la contractació temporal de personal al servei de l'Administració pública pogués generar un lloc de treball estable en la mateixa Administració (sentències de la Sala Social del Tribunal Suprem de 9 d'octubre de 1985, 21 de febrer de 1986, 9 d'abril de 1987, 7 de juliol 1988 o 27 de novembre de 1989). Les conseqüències d'aquesta decisió es plasmarien en el manteniment de la temporalitat del contracte de treball, malgrat les irregularitats comeses per l'Administració en la seva actuació com a ocupador.

En un segon moment, la jurisprudència va assumir una actitud més contundent enfront de les pràctiques abusives desenvolupades per l'Administració pública en la contractació temporal, de manera que va aplicar la normativa laboral en sentit estricte. Això va comportar la conversió dels contractes temporals irregulars en fixos, solució jurisprudencial més respectuosa amb la normativa laboral i més garantista amb els drets dels treballadors (STS d'11 de febrer de 1991 o de 6 de maig de 1992), però que obviava els principis constitucionals aplicables a l'accés a l'ocupació pública.

En una tercera fase es va produir, ara sí, el reconeixement de la figura del que es va anomenar treballador «indefinit no fix». En aquell moment, es partia de la consideració que la contractació irregular portada a terme per l'Administració ha de suposar l'aplicació íntegra de la legislació laboral, sense que els principis d'igualtat, mèrit i capacitat esdevinguin un obstacle per imposar a l'Administració, en la seva posició d'ocupadora, deures d'indemnització o de readmissió. No obstant això, al seu torn es mantenia que aquesta solució no podia enervar l'obligació de l'Administració d'atendre els procediments de contractació que concretin els principis constitucionals, i conclouia que el contracte temporal irregular podia ser qualificat com a indefinit, però sense que el treballador tingüés caràcter de fix a la plaça (STS de 10 de desembre de 1996 o de 24 d'abril de 1997). No obstant això, no aclaria res sobre l'abast i les conseqüències d'aquesta figura jurisprudencial emergida per cohonestar els principis derivats de l'ordenament laboral i administratiu.

En definitiva, si s'opta per aquesta via, en l'actualitat, als treballadors que s'integren a l'Administració procedents de serveis prestats prèviament per empreses privades aquesta situació els ha de comportar, en principi, les conseqüències següents:

— La naturalesa jurídica de la relació contractual ha de ser indefinida no fixa o temporal, en funció de la que es tingués originalment.

— L'estatut derivat d'aquesta integració implica el manteniment de les condicions d'origen, i la mobilitat per qualsevol via –ascensos, trasllats, etc.– queda circumscrita a la unitat productiva que guardi identitat amb l'entitat absorbida, fusionada o extingida.

— La categoria i l'ocupació no poden variar, i resta vinculat a la plaça ocupada.

— El canvi doctrinal que s'ha produït en el Tribunal Suprem pel que fa a la consideració del treballador indefinit no fix, en entendre que aquests contractes no tenen terme i no estan subjectes a una condició resolutorià, implica que el vincle laboral no es pot extingir per la mera voluntat de l'ocupador, amb l'amortització de la plaça o perquè no interessa la seva cobertura, i ha de seguir els tràmits dels articles 51 o 52 ET, segons si es tracta d'acomiadament col·lectiu o objectiu, respectivament, i aquestes extincions han de computar en el càlcul dels llindars de l'acomiadament col·lectiu, amb dret a obtenir la indemnització que correspongui.²⁰³

Una quarta etapa, que es va obrir a cavall de l'anterior, va començar a consolidar aquesta figura i va delimitar-ne, amb un desavantatge clar per al treballador pel que fa a l'extinció del contracte, l'abast i les conseqüències. En efecte, a finals de la dècada de 1990, el Tribunal Suprem va establir que el caràcter indefinit del contracte implica, des d'una perspectiva temporal, que no estigui sotmès directament o indirectament a un terme, però que això no pot suposar que el treballador consolidi cap condició de fixesa sense superar procediments selectius que garanteixin els principis constitucionals d'accés a l'ocupació pública; la conseqüència necessària és que l'Administració havia de promoure la cobertura de la plaça pels procediments reglamentaris (STS de 20 i 21 de gener de 1998, de 27 de març de 1998 o de 22 de setembre de 1998). Les conseqüències del raonament que es va seguir eren que l'ocupació de la plaça es constituïx en causa lícita d'extinció del contracte de treball i que és procedent el cessament del treballador indefinit no fix. Respecte del règim d'extinció del contracte de treball aplicable a aquest tipus de treballadors, la STS de 27 de maig de 2002 reitera aquests darrers pronunciaments i indica que l'ocupació efectiva de la plaça exercida per un treballador no fix però «temporalment indefinit» mitjançant un procediment selectiu fa sorgir una causa d'extinció contractual derivada d'un motiu resolutori signat vàlidament en el contracte, la qual cosa comporta l'extinció de la relació contractual sense cap indemnització.

L'últim *iter* en aquesta evolució el constitueix l'assimilació de l'indefinit no fix a l'«interí per vacants» i el reconeixement d'un dret a ser indemnitzat en cas de cessament, tant si es tracta de cobertura de la plaça com d'amortització de la plaça en cas que no sigui necessària. Amb algun antecedent anterior menys decisiu, va ser la STS de 24 de juny de 2014 la que va començar a establir conseqüències econòmiques per a l'extinció d'aquests contractes.

Aquesta sentència estima que s'hi van haver de seguir els tràmits de l'acomiadament col·lectiu en el cas d'amortització de places servides mitjançant contractes d'interinitat per vacants, en virtut d'un acord modificatiu de la RLT. L'essència del canvi de doctrina rau en la consideració que el contracte d'interinitat és un contracte subjecte a terme i no a condició resolutorià, de tal manera que si «ni la norma ni el contracte no consideren una altra causa d'extinció», l'amortització d'aquests llocs mitjançant una ordenació nova de les places, encara que sigui lícita, no pot comportar l'«extinció automàtica del contracte d'interinitat». En tramitar-se aquestes extincions per la via de l'article 51 ET, cal ajustar-se a la concurrència o no de les causes que preveu –econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció–, com en qualsevol altre acomiadament objectiu o col·lectiu «comú».

L'extreu la conseqüència natural que, per l'aplicació de la disposició addicional vintena de l'Estatut dels treballadors, han de seguir-se els tràmits dels articles 51 i 52 ET i 37 i s. del Reglament d'acomiadaments col·lectius (RD 1483/2012). Per tant, raona el tribunal, és un acte de l'ocupadora que suposa l'extinció d'un contracte temporal «abans que n'arribi el venciment, fet que suposa un perjudici per a l'altra part» que ha de ser indemnitzat per l'aplicació dels articles 51, 52 i 56 ET.

Igualment, la STS de 14 de juliol de 2014, si bé porta causa d'un procés individual de reclamació per acomiadament i es planteja la controvèrsia de la qualificació de la contractació de l'actor com a indefinit no fix o com a interí per vacants, ofereix una solució idèntica a la de la sentència de 24 de juny, ja que entén que són dues situacions equiparables i, en conseqüència, la nova doctrina és extrapolable a aquest cas.

203. Mentrestant, en l'àmbit europeu, s'arribava a unes conclusions idèntiques, si bé és cert que, en aquest cas, per l'aplicació de les directives de la UE relatives a l'extinció de la relació laboral del personal indefinit no fix (podeu veure el TJUE, interlocutòria d'11 de desembre de 2014, recaiguda en el cas C-86/14, León Medialdea contra l'Ajuntament d'Huétor Vega). El TJUE va establir que, si bé no es pot deduir de la clàusula 5 de la directiva una aplicació directa davant els tribunals nacionals, sí que obliga els estats membres a establir mesures efectives per tal d'evitar i sancionar la utilització abusiva dels contractes temporals, mesures que han de ser

— La mera incorporació no fa que s'adquireixi la condició d'empleat públic, tot i que sí que s'hi té el dret, o més aviat l'oportunitat, d'accés mitjançant els procediments selectius oportuns que, ara i després de la LPGE 2017, s'albiren d'una manera més flexible en un escenari pròxim.

Cal, però, posar de manifest que la figura de l'«indefinit no fix» respon més a una dinàmica de pegats jurisprudencials, fruit de la precarietat normativa, que a una decisió racional i ben estructurada sobre els seus efectes. La manca de previsió de les normes que van permetre la introducció massiva del personal laboral en l'ocupació pública ha fet necessària la creació d'un règim jurídic per la via de la doctrina jurisprudencial arran de la conflictivitat que s'ha esdevingut en matèries relacionades amb el frau en la contractació temporal laboral de les administracions públiques que, posteriorment, s'ha anat estenent a altres situacions. A tall d'exemple, la cessió il·legal de treballadors, que amb un criteri idèntic s'ha intentat estendre ara a aquests processos de reinternalització de serveis, que, en realitat, responen a una dinàmica i a una lògica autònomes i diferents.

En qualsevol cas, no crec que aquesta sigui la solució més adequada. No només pel desconcert que ha provocat, i continua provocant, el règim jurídic d'aquesta figura en les entitats públiques, sense perjudici de la seva constitucionalitat i que aquesta figura de creació jurisprudencial no sembli contrària a les directives euro-

efectives, dissuasives i proporcionades, com també recordava el cas Impact contra Ministre d'Agricultura i Alimentació d'Irlanda i altres en la STJUE de 15 d'abril de 2008.

La interlocutòria del TJUE torna a recordar que la directiva s'aplica, sense distinció, «a tots els treballadors les prestacions dels quals siguin retribuïdes en el marc d'una relació laboral de durada determinada que els vinculi al seu ocupador». Una vinculació que, en el cas del Julgat Social núm. 1 de Granada, un cop sotmesa a examen, resulta evident ja que s'hi havien formalitzat dos contractes de durada determinada, per la qual cosa la relació laboral s'havia convertit en indefinida no fixa, d'acord amb la normativa nacional aplicable, i afegeix que «no té importància respecte a això que el contracte de treball rebi el nom de "contracte indefinit no fix" després de la seva conversió, atès que, com es desprèn de la interlocutòria de remissió, aquesta conversió és una sanció pel recurs abusiu a successius contractes de treball de durada determinada i no modifica la naturalesa pròpia d'aquests contractes», i la treballadora en qüestió es trobava inclosa dins l'àmbit d'aplicació de l'Acord Marc.

El TJUE es pronuncia sobre el fons de la qüestió, que gira al voltant de la no conformitat amb la normativa europea d'una norma com l'espanyola que no preveu mesures tendents a evitar la utilització abusiva dels contractes temporals, tenint en compte que la relació indefinida no fixa «es pot extingir per la decisió unilateral de l'empresari de proveir o amortitzar la plaça del treballador de què es tracta, sense abonar-li cap indemnització, atès que no hi ha cap altra mesura efectiva en l'ordenament jurídic intern per sancionar aquests abusos».

Unes mesures, continua raonant el Tribunal, que han de posar fre a aquestes actuacions, que la directiva qualifica com a contràries a dret i que «no només han de ser proporcionades, sinó també prou efectives i dissuasives per garantir l'eficàcia plena de les normes adoptades per l'aplicació de l'Acord Marc», de la mateixa manera que l'adopció de les mesures per l'aplicació del principi d'equivalència «no han de ser menys favorables que les aplicables a situacions similars de caràcter intern» i per l'aplicació del principi d'efectivitat tampoc no han de «fer impossible a la pràctica o excessivament difícil l'exercici dels drets conferits per l'ordenament jurídic de la Unió».

Però encara resulten més interessants les cèlebres tres sentències dictades pel TJUE el dia 14 de setembre de 2016, que corroboren el que s'ha exposat; a saber: la sentència TJUE de l'afer C-596/14, Ana de Diego Porras i Ministeri de Defensa, totes elles en casos prejudicials d'Espanya; la segona sentència del TJUE, de l'afer C-16/15, María Elena Pérez López i Servei Madrileny de Salut; i la tercera sentència del TJUE dels afers acumulats C-184/15, Florentina Martínez Andrés i Servei Basc de Salut, i C-197/15, Juan Carlos Castrejuna López i Ajuntament de Vitòria-Gasteiz, i que han estat seguides majoritàriament pels tribunals espanyols. Així, en primer lloc, el Tribunal Superior de Justícia de Madrid, en la seva sentència de 5 d'octubre de 2016, relativa al cas d'Ana de Diego, va declarar que: «No es pot discriminar a l'actora pel que fa a la indemnització per l'extinció de la relació laboral, com a conseqüència del tipus de contracte i, per tant, té dret a una indemnització igual a la que correspondria a un treballador fix comparable si s'extingís el seu contracte per una altra causa objectiva». Després, però, altres resolucions, com el que conté la sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia (Màlaga), de 16 de novembre de 2016 (Rec. 1515/2016 i Rec. 1411/2016) reconeixen la indemnització de 20 dies. Més específicament, i per al cas dels indefinits no fixos, cal destacar la sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Astúries de 8 de novembre de 2016 (Rec. 2142/2016), que, en una extinció per cobertura reglamentària de plaça, reconeix aquesta indemnització. Finalment, ha estat el Tribunal Suprem, en sentència de 28 de març de 2017, el qui ha establert doctrina pel que fa a les indemnitzacions que han de rebre aquests treballadors quan són acomiadats perquè la plaça que ocupaven era a la llista de places convocades en unes oposicions i no són ells els qui l'ocupen, en assenyalar que acull el dret a la indemnització.

pees que s'ocupen del frau en la contractació laboral,²⁰⁴ sinó que continuarem propiciant que es converteixi en un veritable calaix de sastre on van a parar tots els supòsits en què hi ha un conflicte entre les previsions del dret laboral i els principis d'accés a l'ocupació pública. I no tots els supòsits són idèntics ni ho són tampoc les causes per les quals es produeixen.²⁰⁵ Per descomptat, no es pot equiparar una situació d'absoluta normalitat en el desenvolupament de la relació laboral, que és la que resulta de l'aplicació de l'article 44 ET, amb la que es deriva del frau i l'abús en la contractació temporal.

En aquest sentit, les dues reflexions que venen a continuació mostren com és d'erradiol aquest camí, en vista que ni pel que fa als efectes pràctics ni a l'encert de l'elecció no resulta aconsellable optar per aquesta solució en aquests supòsits.

La primera reflexió parteix d'un fet fàctic, que desvirtua en gran manera la prevalença dels principis que disciplinen l'accés a l'ocupació pública, si mirem què és el que s'ha esdevingut històricament. L'increment notori d'aquest tipus de personal «indefinit no fix» als ens locals al llarg d'aquests anys de contenció de plantilles en què que s'ha procedit a la contractació de nou personal temporal, en la major part en frau de llei, eludint les prohibicions que les normes pressupostàries havien establert amb aquesta finalitat, ha tingut com a conseqüència la generació d'unes bosses considerables d'aquest tipus de personal per la raó apuntada i per d'altres que seran determinants de l'inici de processos formals d'accés a l'ocupació pública, en els quals planejarà, sense cap dubte, un perill cert que els principis que presideixen l'accés a aquesta ocupació només es respectin formalment.²⁰⁶

204. La doctrina jurisprudencial sobre el treballador indefinit no fix ha estat admesa pel Tribunal Constitucional en les interlocutòries 122/2009, 124/2009 i 135/2009. Igualment, la qüestió de les «mesures legals equivalents», derivada de la Directiva 1999/70/CE, del Consell, de 28 de juny, que estableix l'obligació de l'Estat de preveure una sèrie de mesures per desincentivar l'encadenament dels contractes, ha estat analitzada en particular en les sentències del TJCE de 7 de setembre de 2006, afers C-53/04 (cas Marrosu i Sardino) i C-180/04 (cas Vassallo), a partir de les quals es pot concloure que el TJCE entén que una normativa nacional que no reconeix la conversió del contracte en indefinit, però que estableix «normes imperatives pel que fa a la durada i la renovació dels contractes de durada determinada i el dret a la reparació dels perjudicis soferts pel treballador a causa de l'ús abusiu per part de l'Administració pública de successius contractes o relacions laborals de durada determinada» sembla que s'ajustava a la directiva esmentada.

205. La meua postura en aquests casos de frau és força clara des de fa anys. En relació amb això, podeu veure «Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86 (1995).

206. Cal indicar la influència que aquesta doctrina judicial relativa a la indemnització en cas d'extinció dels contractes de treball dels indefinits no fixos té sobre les mesures normatives que s'estan adoptant. En efecte, al llarg de la crisi econòmica que hem patim des de 2008, però molt especialment després de la congelació de les ofertes d'ocupació pública el 2012 i els anys següents, el recurs a la contractació temporal de les nostres administracions públiques (especialment les locals) ha estat imparable. La necessitat que els serveis es continuessin prestant i les taxes de reposició d'efectius tan minses no permetien emprendre processos selectius. Com a conseqüència d'això, i malgrat les restriccions a la contractació temporal i als nomenaments interins, o precisament a causa d'aquests nomenaments, s'ha generat des de llavors una borsa de contractació temporal en gran manera irregular i fraudulenta.

El resultat és, com s'està exposant i després de la jurisprudència a què s'ha fet referència, que la finalització d'aquestes situacions irregulars, ja sigui per amortització de places o mitjançant els procediments selectius oportuns, planteja o pot plantejar importants costos per a aquestes administracions en cas que, un cop posats en marxa els processos selectius adreçats a acabar amb aquesta situació irregular, no fos el personal contractat actualment el qui superés aquests processos.

Doncs bé, l'oferta d'ocupació pública per a 2017 inclou previsions que, de ben segur i atesa l'experiència de què ja disposem després de l'estudi de l'accés a l'ocupació pública en els darrers anys, han de determinar en un nombre alt de supòsits la consolidació d'aquest personal a fi d'evitar el cost que tindrien les extincions dels contractes de treball. L'article 19 de la llei, en l'apartat quart, preveu *in fine*: «No computen dins el límit màxim de places derivat de la taxa de reposició d'efectius les places que es convoquin per a la provisió mitjançant processos de promoció interna i les corresponents al personal declarat indefinit no fix mitjançant sentència judicial».

La segona és que, almenys al meu parer, quan aquest procés es produeix *ex lege*, per la via de l'article 44 ET, perquè hi concorren les circumstàncies que mereixen la successió d'empreses, no arribo a comprendre per què ha de variar el règim jurídic dels treballadors, que passen de ser treballadors «fixos» a treballadors eventuais i, per tant, precaris, per molt que se'ls vulgui qualificar com a «indefinitos no fixos». En definitiva, fent una novació objectiva, i no només subjectiva, en el contracte de treball que determina un estatut laboral diferent, i més perjudicial per al treballador, al que tenia a l'empresa cedent. La conversió de «fix» a «indefinit no fix», amb la mutació consegüent de la relació laboral en perjudici de l'estabilitat en l'ocupació dels treballadors afectats, suposa, des del meu punt de vista, una privació de drets que no és prou rescabada, ans al contrari.

D'altra banda, la invocació dels principis constitucionals d'accés a l'ocupació pública, i sóc conscient de la posició singular de l'Administració pública,²⁰⁷ no obsta per mantenir aquesta conclusió. Cal observar que no m'estic referint als supòsits de frau de llei que, sistemàticament, han estat denunciats per la doctrina i la jurisprudència, o a la cessió il·legal de treballadors en què podem trobar notes que justifiquin la no conversió d'un treballador eventual en un treballador fix de plantilla en el sector públic,²⁰⁸ sinó de treballadors que, aliens a les decisions unilaterals d'un ens públic i com a conseqüència d'aquestes decisions, veuen precaritzada la seva relació jurídica laboral. Podem actuar de la mateixa manera en aquests supòsits? Entenc que no. No només perquè, de ben segur, més tard o més d'hora això ho vetaria la justícia europea pel fet que situa el treballador en una posició més desfavorable, sinó també per raons de justícia material, ja que aquests treballadors han demostrat prou –cal indicar que en la major part dels casos es tracta de profes-

Si bé aquesta disposició es limita al personal indefinit no fix declarat com a tal per sentència judicial, el qui no n'hagi estat declarat també podrà acollir-se a aquesta mesura, sempre que presti serveis en els sectors delimitats a aquest efecte, en virtut de processos d'estabilització d'ocupació temporal. Certament, l'apartat sisè, estableix previsions específiques per incloure una taxa addicional per a l'estabilització de l'ocupació temporal, que abraçaria fins al 90% de les places que, estant dotades pressupostàriament, hagin estat ocupades de forma temporal i ininterrompuda almenys en els tres anys anteriors a 31 de desembre de 2016. A més de la previsió de les ofertes d'ocupació que articulin aquests processos d'estabilització, que s'han d'aprovar i publicar en els diaris oficials respectius en els exercicis 2017 a 2019 i han de ser coordinats pels departaments ministerials competents, es preveu, com no pot ser d'una altra manera, que l'articulació d'aquests processos selectius, que, en tot cas, ha de garantir el compliment dels principis de lliure concurrència, igualtat, mèrit, capacitat i publicitat, pugui ser objecte de negociació en cada un dels àmbits territorials de l'Administració General de l'Estat, comunitats autònomes i entitats locals, amb la possibilitat que s'articulin mesures que possibilitin una coordinació entre les diferents administracions en el seu desenvolupament.

I com s'han d'articular els processos després de ser negociats amb les centrals sindicals que, de ben segur –i això resulta fins a cert punt lògic– tenen entre els seus afiliats en molts casos de forma majoritària a treballadors en les circumstàncies esposades? Quina serà la posició de l'Administració si hi ha processos selectius exigents que poden determinar un cost elevat? Són interrogants, i temptacions, que de ben segur planejaran al llarg d'aquest procés.

207. El Tribunal Constitucional ha posat en relleu aquesta posició singular de l'Administració, en el cas concret de la contractació de personal laboral, en la interlocutòria 858/1988, de 4 de juliol (fonament jurídic segon), que declara: «[...] és evident que la contractació de personal laboral per a l'Administració pública no s'ha de veure subjecte, per imperatiu de l'article 14 de la Constitució espanyola, a les mateixes normes que la contractació entre particulars, ja que aquest caràcter d'Administració pública és, en si mateix, un factor de diferenciació rellevant tenint en compte, precisament, altres mandats constitucionals (art. 23.2 i 103.3) i, en tot cas, mandats legals justificats per les exigències de publicitat, llibertat de concurrència, mèrit i capacitat en l'ingrés com a personal al servei de l'Administració».

208. Pel que fa a la doctrina administrativista, podeu veure, per tots RECUERDA GIRELA, M. A. i FERNÁNDEZ DELPUECH, L., «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 83.

sions que no exigeixen una alta qualificació– seu mèrit i la seva capacitat per desenvolupar aquests treballs.

En els processos estatals o autonòmics de reorganització del sector públic s'han buscat instruments artificiosos, com ara la declaració d'«a extingir», de la qual hem donat compte, i, per això, resolent la contradicció entre les normes administratives i les normes laborals mitjançant una interpretació integradora de totes dues. En qualsevol cas, això és una bona mostra que no es pot resoldre de forma idèntica en totes les circumstàncies recorrent a la figura a què ens hem referit.

B) L'opció per l'anomenat treballador «subrogat»

MAURI, en una opinió que compartim, tal com hem exposat més amunt,²⁰⁹ també ha posat en relleu la inadequada assimilació d'aquests treballadors a la situació d'indefinit no fix que planteja inconvenients i interrogants no resolts amb el simple recurs al «calaix de sastre» que aquesta situació representa.²¹⁰ Bàsicament, en resum, l'opinió d'aquest autor es basa en quatre consideracions: la successió no-més pot suposar l'assumpció de la relació que se'n deriva, però no la seva transformació per convertir-la en una altra de naturalesa diferent (de fixa en indefinida); la successió és subrogació subjectiva, però no novació objectiva (STS de 25 de setembre de 2012, ROJ: 6655/2012); la figura del treballador indefinit no fix és una resposta judicial a una gestió irregular en la contractació temporal, mentre que la subrogació representa el simple compliment de la llei laboral i de la directiva. No hi ha un contracte laboral indefinit al qual es pugui recórrer per operar la subrogació; les entitats de dret públic no poden contractar indefinits no fixos (STS de 22 de juliol de 2013, ROJ 5057/2012); i, finalment, la figura de l'indefinit no fix no és admesa quan la recuperació del servei s'hagi de fer en una societat mercantil de capital públic (STS de 18 de setembre de 2014, ROJ: 4285/2014).²¹¹

Posem l'accent en aquesta darrera asseveració, ja que, en efecte, la contractació de les societats públiques assimilades a empreses privades s'ajusta estrictament a l'ordenament jurídic laboral i no es veu limitada, amb la intensitat amb què s'esdevé en l'ocupació pública, pels principis rectors d'accés a l'ocupació pública i, en particular pel principi d'igualtat i mèrit (STS de 20 d'octubre de 2015, ROJ: 215/2015; i de 6 de juliol de 2016, ROJ: 3613/2016, que es fa ressò de la doctrina que estableix la STC 8/2015, de 22 de gener de 2015). Així doncs, se-

209. Aquestes consideracions deriven del meu treball CASTILLO BLANCO, F. A., «Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59 (2016).

210. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43 (2017), p. 112 i s.

211. En aquest mateix sentit, podeu veure ALFONSO MELLADO, C. L., «La reversión a la gestión directa de servicios públicos. Problemas laborales (Atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)», *Revista de Derecho Social*, núm. 73 (2016), p. 40; també MONEREO PÉREZ, J. L., «Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos», *Temas Laborales*, núm. 135 (2016), p. 306-307.

gons el que exposa sentència de 2016 esmentada, aquestes societats, «tot i que formen part del sector públic empresarial estatal (art. 3.2 b) LGP), no són administracions públiques» (art. 2.2 Llei 30/1992), de manera que «es regeixen íntegrament, sigui quina sigui la seva forma jurídica, per l'ordenament jurídic privat, excepte en les matèries en què els és aplicable la normativa pressupostària, comptable, patrimonial, de control financer i de contractació» (DA 12 LOFAGE i art. 166 Llei 33/2003, de 3 de novembre) amb la conseqüència necessària que, si s'opta per aquest model de reinternalització, aquesta solució no és d'aplicació, atès que no respon a aquests supòsits.²¹²

En aquest sentit, MAURI opta per la figura que, fent seva la denominació de SOTO RIOJA,²¹³ denomina treballador subrogat i la conseqüència principal de la qual és la de mantenir, com vol la directiva europea, les mateixes condicions laborals que té el treballador afectat per aquests processos, de manera que no s'altera el seu estatut jurídic, sinó que simplement passa a prestar els serveis a un nou ocupador, en aquest supòsit de caràcter públic, tot i que, és cert, sense la condició d'empleat públic.²¹⁴

La solució, certament, ja l'havia apuntat el nostre Tribunal Suprem en els processos de reestructuració del sector públic andalús en què es plantejava un canvi d'ocupador públic, amb una fórmula organitzativa diferent, dins la mateixa organització,²¹⁵ i dels quals ens fèiem ressò al començament d'aquest treball, però

212. No obstant això, cal posar en relleu que hi ha certs matisos en la doctrina del Tribunal Suprem en aquest punt, ja que, en el cas de la cessió il·legal on apareix implicada una Administració pública (o una empresa pública sotmesa al règim de contractació laboral propi de les administracions públiques) la declaració judicial corresponent per l'aplicació de l'art. 43.4 ET és que el treballador està vinculat a l'entitat ocupadora per contracte indefinit i no com a treballador fix (S de 17-9-02, RCUUD 3047/01 i de 19-11-02, RCUUD 909/02, entre d'altres). En el supòsit enjudiciat, TVG S.A. és, com és notori, una empresa propietat d'una Administració pública en què la contractació del personal ha de ser sotmesa als principis d'igualtat, publicitat i mèrit. Per això l'atribució de fixació als seus empleats, inclosos els que adquireixen aquesta condició per la via de l'art. 43.4 ET, requereix la superació d'un concurs de mèrits. En particular, l'aplicació a les empreses públiques de la selecció del personal laboral per concurs de mèrits es dona, entre moltes altres, en les sentències de 21-5-08 (RCUD 4607/06), per a Correos y Telégrafos, i de 12-5-08 (RCUD 1956/07), per a l'ens públic RTVE».

213. Citat per MAURI, la referència correspon a SOTO RIOJA, S. DE, «Sucesión de empresas y de contratados: puntos críticos de la regulación y del tratamiento convencional», a CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, València: Tirant lo Blanch, 2015, p. 619.

214. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 114.

215. En relació amb això, només cal indicar la STS de 17 de febrer de 2016 (Rec. 3944/2014), en què es debat si les normes que van abordar la reorganització del sector públic andalús i que havien donat lloc a la integració de les empreses públiques extingides en agències de nova creació, i la conseqüència de les quals va ser que aquest personal, seleccionat al seu dia per normes de dret privat, havia passat a l'ocupació pública sense sotmetre's a proves selectives d'accés lliure convocades en execució de ofertes públiques, eren contràries als drets fonamentals reconeguts pels articles 14 i 23.2 de la Constitució, el tribunal exposa que:

«Aquestes dades impedeixen que es pugui apreciar en la integració aquí controvertida, regulada per aquestes disposicions addicionals tercera i quarta del Decret 99/2011, un accés a l'ocupació pública que es qualifiqui com a gratuït, il·legal o injustificadament discriminatori. No és il·legal perquè, d'una banda, està protegit pel que estableix la Llei 1/2011 (disposició addicional quarta 1.b) i, de l'altra, és coherent amb el que estableix l'article 44 del text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors.

Tampoc no és gratuït, arbitrari o injustificadament discriminatori, perquè pretén cohesionar la nova configuració del sector públic d'Andalusia, disposada pel legislador autonòmic, amb l'estabilitat en l'ocupació dels que ja la tenien com a personal laboral en les entitats o empreses públiques que resulten extingides en aquesta reordenació del sector públic establerta legalment; i perquè la integració no suposa un plus addicional a l'estatus laboral que abans tenia el personal integrat, en quedar circumscrita, com ja s'ha assenyalat, a l'Agència que ha succeït en la seva activitat a les entitats o empreses públiques suprimides, i no permetre a aquest personal passar per vies excepcionals a l'Administració pública de la Junta d'Andalusia.

La conclusió que se'n deriva és que aquesta integració aquí resulta polèmica disposada pel Decret 99/2011 no es pot considerar contrària al dret que reconeix l'article 23.2 CE, en el vessant d'accés a la funció pública, atès que no afecta els membres del sindicat

que, al nostre parer, són perfectament traslladables a aquests supòsits en què, així mateix, si bé hi ha un ocupador privat (el cedent), es produeix el mateix negoci jurídic, ja que del que es tracta és de fer un canvi en les formes de gestió dels serveis públics.

La contradicció que aquesta posició suposa respecte al que preveu la disposició addicional primera EBEP que, com se sap, fa que els principis relatius a l'accés a l'ocupació pública que preveu l'article 55 EBEP siguin aplicables a les societats de capital públics, pot salvar-se en la mesura que els treballadors no gaudeixen de la condició d'empleat públic que, com ressalta, la STS de les Illes Balears de 8 de maig de 2014 (ROJ: 502/2014), seria la circumstància clau per entendre l'aplicació d'aquestes previsions. En la sentència d'apel·lació es tracta de determinar si la circumstància que l'empresa successora sigui una societat mercantil de titularitat pública permet inaplicar la regla de l'article 44 ET, segons la qual el nou empresari queda subrogat «en els drets i les obligacions laborals i de Seguretat Social de l'anterior», o si, com a conseqüència de la normativa aplicada en la sentència recorreguda, es produiria una novació impròpia que afectaria la naturalesa del contracte, que passaria de fix a indefinit «no fix», i conclou que no és possible. D'aquest raonament extreu la conseqüència natural de la integració en la societat pública d'aquests treballadors sense que obsti a això les previsions que estableix l'EBEP.²¹⁶

recurrent en aquesta cassació que ja són funcionaris de carrera o personal laboral fix de la Junta d'Andalusia, i tampoc no vol dir, pel que ja ha estat dit, una desigualtat de tracte que, com que no té justificació raonable, mereixi la qualificació de discriminatòria respecte dels empleats d'aquestes entitats que siguin funcionaris interins o personal laboral temporal.»

216. En aquest sentit, la sentència esmentada explica que:

«Aquesta norma, segons el parer de la sala, no impedeix l'aplicació del que estableix l'article 44 ET perquè el que regula són els principis rectors de l'accés a l'ocupació pública, i la subrogació dels demandants no suposa el seu accés a l'ocupació pública, de manera que la seva contractació queda limitada a l'àmbit de la societat demandada mateixa i, com hem vist, queda excloua de l'aplicació de la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, l'article del 3.3.c) de la qual exclou de la seva aplicació el "personal laboral propi de les empreses públiques", i és aquesta la condició que passen a tenir els demandants com a conseqüència de la subrogació operada, ja que l'article 6 dels estatuts socials de la demandada (BOIB núm. 169 de 27 de novembre de 2004) estableix que el seu personal s'integra per funcionaris destinats en comissió de serveis, personal laboral de la Conselleria d'Interior que sigui transferit i "personal laboral propi de l'empresa", el qual no té la condició d'empleat públic, sense perjudici que se li apliquin les normes de l'EBEP en allò que s'estableixi de manera expressa.

Des d'aquesta perspectiva, la disposició addicional primera de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, i la seva remissió al que estableix l'article 55 s'han d'interpretar en el sentit que les societats mercantils de titularitat pública han de reclutar el seu personal mitjançant processos selectius que garanteixin els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, però això no impedeix que quan aquestes societats passen a desenvolupar un servei que era desenvolupat per una entitat privada i se subroga en el personal que prestava serveis per a aquella, quedi exonerada de les obligacions que imposa l'article 44 ET, ja que l'article 51 de la Llei 7/2010, de 21 de juliol, del sector públic instrumental de la comunitat autònoma de les Illes Balears estableix que "les societats mercantils públiques es regeixen per l'ordenament jurídic privat" excepte en els aspectes a què es refereix la normativa de dret públic que els sigui aplicable, i no hi ha cap norma que permeti inaplicar a aquestes societats la norma estatutària esmentada.»

I continua argumentant, d'aquesta manera, que:

«En conseqüència, la subrogació dels demandants es produeix amb els mateixos drets que tenien en l'empresa anterior i, per tant, amb la condició de treballadors indefinits "fixos de plantilla", i el seu contracte no es pot transformar en un altre de sotmès a la condició resolutòria que el seu lloc de treball sigui cobert per processos selectius ulteriors. Aquesta novació contractual no està prevista per cap norma de dret públic, ni està justificada pel fet que les societats mercantils de titularitat pública hagin de reclutar el seu personal mitjançant processos selectius que garanteixin els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, perquè la societat demandada no ha procedit a reclutar cap personal, de manera que queda subrogada en la posició d'empresari per mandat del que estableix l'article 44 ET, sense que consti ni tan sols l'existència d'una relació de llocs de treball que com a conseqüència de la subrogació hagin estat adjudicats als demandants. Es tracta més aviat de l'assumpció d'un servei amb tot el personal en les condicions que estableix l'article 44 ET esmentat.»

Aquests processos de reestructuració de les formes de prestació dels serveis públics en què són aplicables les directives comunitàries referents a aquesta matèria pressuposen l'aplicació preferent d'aquestes directives davant del dret intern (STJUE de 9 de març de 1978, C-106/77) i, per tant, la inaplicació del que preveu aquesta disposició addicional primera, ja que no tenen en compte cap excepció a la conservació de les situacions preexistents que impliquin una novació objectiva de la relació laboral en funció del sistema selectiu que regeix en l'ocupació pública.²¹⁷ En aquests supòsits es tracta de la simple transposició i aplicació directa de l'article 1.1 de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de març.

Aquesta posició, d'altra banda, sembla avalada per la disposició addicional vint-i-sisena de la Llei de PGE 2017. En efecte, el Projecte de Llei de pressupostos generals de l'Estat incloïa previsions específiques, precisament, respecte de la qüestió que ens ocupa, en la disposició addicional vint-i-setena (finalment, va quedar com a vint-i-sisena en l'actual LPGE 2017) que, aclaria, que tenien vigència indefinida.

En essència, aquesta disposició,²¹⁸ autotitulada «Limitacions a la incorporació de personal laboral al sector públic», preveia diferents consideracions relatives al personal que presti els seus serveis en contractes que s'extingeixin pel seu compliment, per la seva resolució, inclòs el rescat, o si s'adopta el segrest o la intervenció del servei d'acord amb la legislació de contractes del sector públic que els sigui aplicable. Aquestes previsions s'estenien, així mateix, al personal laboral que presti serveis en societats mercantils públiques, fundacions del sector públic, consorcis, en persones jurídiques societàries o fundacionals que anessin a integrar-se en una Administració pública.

Aquestes consideracions, dictades amb caràcter bàsic, es resumeixen en tres consideracions, a alguna de les quals ens hem referit amb anterioritat:

217. En relació amb aquest punt, podeu consultar SALA FRANCO, T., «El acceso al empleo público laboral», a ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. i RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. M. (coord.), *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra: Aranzadi, 2015, p. 30-31.

218. «Un. Amb efectes des de l'entrada en vigor d'aquesta Llei i vigència indefinida, les administracions públiques de l'article 2 del Text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, no es poden considerar com a empleats públics de l'article 8, ni es poden incorporar en aquesta condició a una administració pública o a una entitat de dret públic:

a) als treballadors dels contractistes de concessions d'obres o de serveis públics o de qualsevol altre contracte adjudicat per les administracions públiques que preveu l'article 2.3 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, quan els contractes s'extingeixin pel seu compliment, per resolució, inclòs el rescat, o si s'adopta el segrest o la intervenció del servei d'acord amb la legislació de contractes del sector públic que els és aplicable.

b) Al personal laboral que presti serveis en societats mercantils públiques, fundacions del sector públic, consorcis, en persones jurídiques societàries o fundacionals que hagin d'integrar-se en una Administració pública.

Al personal a què es refereixen els apartats anteriors li són aplicables les previsions sobre successió d'empreses que conté la normativa laboral.

Dos. En els supòsits en què, excepcionalment, en compliment d'una sentència judicial, o amb la tramitació prèvia d'un procediment que garanteixi els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, el personal a què es refereix l'apartat 1.a) anterior sigui incorporat a societats mercantils públiques, les incorporacions que es produeixin d'acord amb el que preveu aquest apartat no es comptabilitzen com a personal de nou ingrès del còmput de la taxa de reposició d'efectius.

Tres. El que estableix aquesta disposició addicional té caràcter bàsic i es dicta a l'empara del que disposen els articles 149.1. 13a i 18a, així com de l'article 156.1 de la Constitució.»

— Prohibició d'incorporació, com a empleats públics, a l'Administració o en una entitat de dret públic, de treballadors procedents de serveis externalitzats.

— Aplicació, però, a aquest personal de les previsions sobre successió d'empreses que conté la normativa laboral, sense cap excepció, hem d'afegir-hi.

— En els supòsits en què, excepcionalment, en compliment d'una sentència judicial, o després de la tramitació d'un procediment que garanteixi els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, el personal procedent de contractes sigui incorporat a societats mercantils públiques, les incorporacions que es produeixin d'acord amb el que preveu aquest apartat no es comptabilitzen com a personal de nou ingrés del còmput de la taxa de reposició d'efectius, cosa que, *a contrario sensu*, implica que si s'incorporen a l'Administració pública o l'entitat de dret públic sí que computarien als efectes de la taxa de reposició d'efectius.

La realitat és que el projecte originari incloïa una previsió que ha desaparegut en la redacció final, arran d'una esmena transaccional, i que flexibilitzava la seva aplicació quan la reinternalització del servei es feia en una societat mercantil pública, a saber: el còmput als efectes de la taxa de reposició d'efectius. En el projecte originari sí que computava, però no en la redacció final no computa. La inclusió d'aquesta previsió, com es pot imaginar, impossibilitava *de facto* la viabilitat d'aquests processos. Encara que, tal com ara veurem, la interpretació de l'apartat dos de la disposició presenta una certa confusió.

La disposició, francament millorable, planteja certs dubtes i el seu objectiu meixeria una redacció més entenedora. En primer lloc, subratllem la circumstància atípica d'incloure una disposició de vigència indefinida en una llei, per naturalesa, temporal. Continuem, en segon lloc, per la singularitat dels títols competencials utilitzats obviant la invocació de l'article 149.1.7 CE,²¹⁹ i és que cal no oblidar que aquesta disposició afecta normes tan rellevants com el Text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, l'Estatut dels treballadors, la Llei de règim jurídic del sector públic, la Llei reguladora de les bases del règim local i altra normativa europea, estatal, autonòmica i local, a més de convenis col·lectius. En tercer lloc, la disposició mateixa podria limitar la potestat autoorganitzativa de les entitats locals en els supòsits en què, com hem subratllat, la reversió del servei no es produeixi a societats públiques. En quart lloc, i no en darrer lloc, és la inclusió d'afirmacions innecessàries, tal com hem vist al llarg d'aquestes pàgines, com ara l'aplicabilitat al sector públic de l'article 44 ET i de la directiva comunitària de què

219. El tema competencial no és menor i, mentre s'escriuen aquestes línies, s'ha conegut la Proposició de Llei de modificació urgent del text refós de la Llei municipal de Catalunya en matèria de protecció de les municipalitzacions, núm. expedient 202-00060/11, BOPC núm. 406 (11-05-2017).

En aquesta proposició acceptada es pretén afegir un article, el 307, al Text refós de la Llei municipal de Catalunya, aprovat per Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, que xoca frontalment amb la disposició addicional analitzada, amb la redacció següent:

«Es consideren treballadors públics i poden ser incorporats en aquesta condició a una administració pública local o una entitat de dret públic dependent dels treballadors de les empreses contractistes de concessions d'obres, de serveis públics o de qualsevol altre contracte adjudicat per una administració pública quan els contractes s'extingeixin pel seu compliment, per la seva resolució, inclòs el rescat, o si s'adopta el segrest o la intervenció del servei d'acord amb la legislació de contractes del sector públic que els sigui aplicable.»

porta causa, ja que sembla que, a aquests efectes i després de la jurisprudència comunitària i nacional que hi ha recaigut, no hi ha dubte sobre d'això.

En realitat, el que la norma pretén (la finalitat), a més de les limitacions ja esmentades, és que arran d'aquests processos aquests treballadors no s'integrin en l'ocupació pública considerada estrictament. Així doncs, la veritat és que allò que es planteja com una limitació no és més que l'establiment d'un marc d'integració del personal que, procedent de contractes, i com a conseqüència de reinternalitzacions de serveis públics que s'esdevinguin per la circumstància que sigui, s'incorpora com a treballadors de l'Administració, i salven els obstacles que els principis de mèrit i capacitat suposen a aquests efectes, i també les contradiccions i la problemàtica més gran que planteja la qualificació de personal laboral indefinit no fix.

Ara bé, salvats aquests extrems, la inserció d'aquests treballadors en l'àmbit públic és determinant perquè la norma es vegi subjecta a determinats matisos que, molt encertadament, ha posat en relleu MAURI, el punt de vista del qual compartim plenament.²²⁰ Dit de manera resumida, aquest autor assenyala que la integració del personal en aquests processos ha de tenir en compte els aspectes següents: l'aplicació de l'article 44 ET determina la conservació de la relació laboral preexistent i manté una vinculació especial amb el seu tipus de contracte i lloc de treball, que pot figurar en un annex de la plantilla pressupostària i de la relació de llocs de treball; aquestes places i llocs de treball, que per les seves característiques especials no es poden integrar en els instruments d'ordenació de personal preexistents, han de continuar existint en la condició d'«a extingir» fins que s'esdevingui la seva amortització en ocasió de vacant; a aquest tipus de personal no se li pot reconèixer aquells drets i expectatives laborals que estan subordinats a l'ingrés en el sector públic derivat d'un procés selectiu, i la conseqüència necessària d'això és que el seu horitzó de carrera, provisió de llocs i mobilitat ha de quedar circumscrit a l'àmbit estricte de la unitat transmesa i a l'estructura de llocs de treball en què es desenvolupaven les seves funcions en la situació anterior; el personal subrogat manté els drets i les obligacions laborals que s'hagin consolidat i adquirit, sense arribar a les meres expectatives legals o futures (STS de 6 d'octubre de 2015, ROJ: 4840/2015); es conserven les condicions més beneficioses que s'hagin pogut adquirir, sense que amb una col·lisió entre aquestes i les normes reguladores de l'ocupació pública hi hagi prou per eliminar el joc de les institucions laborals que consagren el manteniment dels drets contractuals preexistents (STS de 3 de febrer de 2016, ROJ: 907/2016).

Amb això, es recorre, sense fer-ne esment, a la figura del personal subrogat a què ens hem referit més amunt, que, d'aquesta manera, i junt amb les disposi-

220. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 118 i s.

cions de reestructuració del sector públic a què es feia referència al començament d'aquest treball, trobaria una certa carta de naturalesa en el nostre ordenament aplicable a aquests processos de reinternalització de serveis públics. Si bé és cert que es fa necessari ressaltar l'enorme interès que resulta d'aquest esforç de delimitació del règim jurídic d'aquest personal subrogat, no és menys cert que aquesta condició del treballador afectat en una mena de *bombolla* o *llimbs* no pot deixar de crear certa problemàtica en les relacions laborals i en les condicions laborals del treballador.

I és que, encara que resulti més apropiada, sens dubte, ens trobem davant d'una figura nova, una categoria laboral nova que també està en l'inici de la seva creació jurisprudencial,²²¹ amb perfils encara desdibuixats i que, sense voler-ne fer una profecia, de ben segur que ens portarà nous motius d'anàlisi. Difícil, delicat; hi haurem d'afegir camp de joc nou i complex en l'ocupació pública en què, al costat del personal laboral EBEP i el personal laboral de societats públiques i fundacions, s'hi afegeixi el personal laboral indefinit no fix en els supòsits en què la qualificació sigui procedent i, en el cas de la subrogació en les relacions laborals, aquests treballadors, mancats de la condició d'empleats públics, i subjectes al seu propi règim jurídic, però que, no ho oblidem, presten serveis en el sector públic i d'ell perceben les seves retribucions.

10.3.2. Normes jurídiques, legals i convencionals aplicables als drets i les obligacions laborals dels treballadors reinternalitzats²²²

Com és sabut, l'article 44.4 ET i el correlatiu 1.3 de la Directiva 2001/23/CE estableixen previsions directes entorn aquest punt. Tots dos articles dictaminen una conclusió inequívoca: la relació laboral dels treballadors afectats s'ha de continuar

221. Encara que no és acceptada per la jurisprudència dels tribunals superiors de justícia, entre d'altres la STSJ d'Andalusia de 29 d'octubre de 2012 (ROJ: 9369/2012), que van entendre que: «D'aquesta manera la integració del personal laboral procedent de les entitats extingides no es produeix sinó com a personal laboral sotmès a l'Estatut bàsic de l'empleat públic, norma que té el caràcter de bàsic, de manera que no es pot parlar d'una categoria especial com seria el personal laboral que, procedent de l'aplicació de l'art. 44 de l'Estatut dels treballadors, és a dir, per raó de successió d'empreses, fos sotmès a la regulació pròpia de l'Estatut dels treballadors i dels convenis col·lectius aplicables. Aquesta possibilitat queda descartada, ja que no és possible la creació d'una categoria especial d'empleats públics aliena a l'Estatut bàsic.»

222. Cal fer referència aquí a l'informe de la Comissió de les Comunitats Europees sobre la Directiva 2001/23/CE del Consell, de 12 de març de 2001, sobre l'aproximació de les legislacions dels estats membres relatives al manteniment dels drets dels treballadors en cas de traspassos d'empreses, de centres d'activitat o de parts d'empreses.

Aquest informe de la Comissió de les Comunitats Europees (des d'ara, Informe) analitza la Directiva 2001/23/CE del Consell, de 12 de març de 2001 (en endavant, Directiva), tenint en compte l'experiència adquirida i, especialment, la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees. També té en compte les respostes dels estats membres i dels interlocutors socials al qüestionari que la Comissió els va remetre, per tal que aquesta pogués proposar eventuais modificacions.

L'Informe assenyala que la Directiva estableix la definició d'entitat econòmica (empreses, centres d'activitat o parts d'empresa o centres d'activitat que són un conjunt organitzat de mitjans que permeten l'exercici d'una activitat econòmica) i quins són els requisits perquè s'entengui que s'ha produït una successió d'empresa o de centre d'activitat: (i) canvi d'empresari i (ii) manteniment de la identitat de l'entitat traspasada.

L'Informe també indica que l'àmbit d'aplicació territorial de la Directiva el determina l'entitat econòmica que hagi de traspasar. Si aquesta es troba dins l'àmbit d'aplicació territorial del Tractat o en un país membre de l'Espai Econòmic Europeu (Noruega, Islàndia o Liechtenstein).

regint pel conveni col·lectiu que, en el moment de la transmissió, sigui aplicable a l'empresa, el centre de treball o la unitat productiva transferida. D'aquesta manera, la STJUE de 24 de gener de 2002 (C-51/2000, Temco) estableix de manera inequívoca que l'article 3.1 de la Directiva enuncia el principi de la transmissió automàtica al cessionari dels drets i les obligacions que resultin per al cedent dels contractes de treball existents en la data de la transmissió de l'empresa, ja que l'efectivitat dels drets que la Directiva 77/187/CEE confereix als treballadors no pot dependre de la voluntat del cedent, ni del cessionari, ni dels representants dels treballadors, ni tan sols dels treballadors mateixos.

En realitat, el que la norma vol és conservar el contingut de la relació laboral que, fins llavors, tenien els treballadors afectats per la subrogació. D'aquesta manera, la STS de 3 de febrer de 2016 (ROJ: 907/2016) explica que: Els termes de l'article 44 ET són prou amplis (el nou empresari queda subrogat en els drets i les obligacions laborals i de Seguretat Social de l'anterior) perquè no hi hagi dubte que l'Agència ha d'assumir les condicions d'ocupació precedents. Tant se val si ens referim a conceptes salarials o extrasalarials, a continguts convencionals o a concessions empresarials. Fins i tot, a unes condicions més beneficioses de les quals es gaudia (STS 25 de juny de 2014, Rec. 1885/2013). Ara bé, només les que estan consolidades en el patrimoni patrimonial dels treballadors afectats.²²³

Convé ressaltar, respecte del supòsit que ens ocupa en aquest estudi, que HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, fent-se ressò del que estableix la STSJ de Castella i Lleó (So-

Els drets i les obligacions que se'n deriven per al cedent d'un contracte de treball o d'una relació laboral existent en la data del traspàs seran transferits al cessionari com a conseqüència del traspàs, i el cedent queda alliberat de qualsevol obligació, llevat que els estats membres estableixin el contrari, com passa en el cas d'Espanya.

El conveni col·lectiu aplicable és el que estigui en vigor en el moment del traspàs i cal mantenir les condicions de treball pactades amb els treballadors de l'entitat econòmica cedent fins a la data d'extinció o d'expiració del conveni col·lectiu. Els estats membres poden limitar el període de manteniment de les condicions. Espanya no en preveu cap limitació.

L'Informe assenyalava que llevat que hi hagi alguna disposició dels estats membres en contra, com passa amb el cas d'Espanya, la successió no és aplicable als drets dels treballadors en matèria de prestacions de jubilació, incapacitat o supervivència a l'emparedament de règims complementaris professionals o interprofessionals fora dels règims obligatoris de seguretat social dels estats membres. La Directiva prohibeix els acomiadaments l'únic motiu dels quals sigui el traspàs, però no impedeix els acomiadaments per raons econòmiques, tècniques o d'organització. A Espanya, aquesta protecció contra l'acomiadament no s'estén als alts directius.

En el cas que el treballador no vulgui continuar treballant per al cessionari, correspon als estats membres determinar la destinació que s'ha de donar a aquesta relació laboral. En el cas espanyol, la resolució del contracte es considera imputable al treballador.

La Directiva, per tal de garantir la supervivència de les empreses insolvents, reconeix als estats membres una certa flexibilitat en els casos de successions efectuades en el marc d'un procediment d'insolvència.

Pel que fa a la protecció de les funcions dels representants dels treballadors, si l'entitat traspasada conserva l'autonomia, aquesta representació no es veu afectada.

Finalment, amb relació a la informació que el cedent i el cessionari han de facilitar als representants dels seus treballadors, aquesta ha de ser general. L'obligació de fer consultes té un caràcter limitat i es dona quan el cedent i el cessionari preveuen l'adopció de mesures amb relació als seus treballadors. La finalitat de les consultes ha de ser la d'arribar a un acord. La Directiva permet als estats membres limitar aquestes dues obligacions de consulta i informació a les empreses o centres d'activitat que compleixin, pel que fa al nombre de treballadors, les condicions necessàries per a l'elecció o designació d'un òrgan col·legiat de representació dels treballadors, tal com ha fet Espanya amb l'obligació de consulta per a determinats supòsits.

223. La STS de 12 d'abril de 2011 (Rec. 132/2010) exposa: «Per resoldre aquesta qüestió convé recordar la doctrina d'aquesta Sala en matèria de successió d'empreses, que pot resumir-se dient: a) la subrogació empresarial només inclou els drets i les obligacions realment existents en el moment de la integració, és a dir, els que en aquell moment l'interessat hagués ja consolidat i adquirit, i els hagués incorporat al seu conjunt patrimonial, sense que aquesta subrogació arribi de cap manera a les meres expectatives legals o futures [...]».

cial) de 6 de febrer de 2014 (ROJ: 224/2014),²²⁴ detalla molt encertadament l'*acqui* jurisprudencial acumulat entorn d'aquesta qüestió (cita les STS de 15 de desembre de 1998, R. 4424/97; d'1 de març de 2002, R. 694/01; i de 12 de març de 2012, R. 4/2011), i exposa que: «a) la subrogació empresarial només abasta els drets i les obligacions realment existents en el moment de la integració, és a dir, els que en aquell moment l'interessat ja hagués consolidat i adquirit, i els incorpora al seu patrimoni, sense que aquesta subrogació arribi de cap manera a les meres expectatives legals o futures; b) l'obligació de subrogació no és incompatible amb un pacte unificador de les diverses estructures salarials de les empreses que queden absorbides en una nova entitat; c) el principi de continuïtat en la relació de treball no imposa una congelació absoluta de les condicions de treball anteriors, fet que condemnaria al fracàs qualsevol intent de regulació homogènia en supòsits d'integració de diferents grups de treballadors en la mateixa entitat; d) la subrogació no obliga el nou empresari a mantenir de manera indefinida les condicions de treball que preveu el conveni col·lectiu que l'empresa transmetent aplicava, sinó que només l'obliga a respectar les existents en el moment de la transferència, de manera que en el futur s'haurà d'acomodar a les normes legals o pactades que regulen la relació laboral amb el nou ocupador».²²⁵ En aquest mateix sentit, podeu veure la STS de 12 d'abril de 2011 (Rec. 132/2010).²²⁶

I tot això sense perjudici de les responsabilitats que el cessionari hagi d'assumir. En efecte, cal assenyalar, pel que fa a les responsabilitats, la STS 502/2016, de 8 de juny de 2016 (Rec. 1103/2015), en la qual l'objecte de la pretensió era l'assumpció de responsabilitats per part de la successora en relació amb la indemnització de danys i perjudicis derivada de malaltia professional. La sentència declara que la responsabilitat solidària de l'adquirent successor amb l'empresari anterior «no només ha de incloure els recàrrecs de prestacions que ja haguessin estat reconeguts abans de la successió [cosa que és òbvia], sinó que igualment ha d'arribar als que –pel fet d'estar en curs de generació el dany atribuïble a la infracció de la mesura de seguretat– es trobessin *in fieri* en la data de canvi empresarial», llevat que es tracti d'una successió per via de conveni, en la qual se-

224. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H. M., «Subrogación laboral en los contratos del sector público», *Actualidad Administrativa*, núm. 5 (2014), p. 1 i s.

225. En el futur, els treballadors s'hauran d'acomodar a les normes legals o pactades que regulin la relació laboral amb el nou ocupador. Aquesta interpretació no s'oposa, sinó que s'ajusta, al que disposa la Directiva Comunitària 77/187, ratificada (el terme va ser substituït pel de «transposada» per interlocutòria d'aclariment del 16/7/2002, R. 1170/2001) per Espanya, atès que l'article 3.3 limita l'obligatorietat del cessionari de mantenir les condicions de treball pactades en conveni col·lectiu fins a la data d'extinció o d'extinció del conveni col·lectiu aplicable a la cedent, o de l'entrada en vigor o d'aplicació d'un altre conveni col·lectiu (així ho va reconèixer la sentència del TJCE de 12-11-1992, núm. C-209/1991, afer Watson Rask). Per totes, STS 11-10-2002, R. 920/02; i 27-10-2005, R. 697/04.

226. Ara bé, cal tenir en compte que, en paraules del TJUE, en la sentència de 6 de setembre de 2011 (C-108/10, Scattolon): «(apartat 76): l'exercici de la facultat de substituir amb efecte immediat les condicions de què gaudien els treballadors transferits en virtut del conveni col·lectiu vigent a l'empresa del cedent per les previstes en el conveni col·lectiu vigent en la del cessionari no pot tenir per objecte ni com a efecte imposar a aquests treballadors condicions globalment menys favorables que les aplicables abans de la transmissió.»

gons sentència de STS de 7 d'abril de 2016 (Rec. 2269/14), «La nova empresa adjudicatària [...] que té obligació de subrogar-se en els treballadors de l'empresa anterior per mandat de l'article 14 del Conveni col·lectiu, ho ha de fer amb els requisits i els límits que estableix aquest mateix article, de manera especial, i no ha de respondre dels deutes contrets per l'empresa adjudicatària anterior amb els seus treballadors abans de l'assumpció de la contracta per la nova empresa».

Així mateix, cal tenir en compte la responsabilitat solidària de l'empresa cessionària, d'acord amb el que ja han tingut ocasió d'establir les STS de 4 d'octubre de 2003, Rec. 585/2003, i les tres de 15 de juliol de 2003, Rec. 3442/2001, 1878/2002 i 1973/2002, dictades en Sala General, en què s'estableix el principi que l'empresa cessionària ha de respondre solidàriament de les obligacions laborals pendents amb un treballador de l'empresa cedent el contracte de treball del qual s'extingeix abans de la successió i no ha estat, per tant, cedit al nou ocupador. I, per això, anant més enllà de la normativa comunitària, en el nostre ordenament cal entendre que:

L'expressió que utilitza el legislador no s'ajusta simplement a les obligacions pecuniàries que no hagin estat satisfets per l'empresa cedent –deutes per salari o indemnitzacions–, sinó que abasta totes «les obligacions laborals nascudes amb anterioritat», entre les quals, sens dubte, hi ha les que es puguin derivar d'un acomiadament disciplinari anterior. Quan la sentència referencial raona que no es pot «confondre l'obligació d'assumir els deutes de l'empresa sortint amb la subrogació en les conseqüències de l'acomiadament mateix, que no implica només efectes econòmics si es declara la improcedència», està oblidant que el precepte imposa aquesta responsabilitat en tot tipus d'obligacions laborals i sigui quina sigui la seva naturalesa jurídica. I entre aquestes obligacions laborals estan incloses totes les derivades de l'eventual declaració d'improcedència o nul·litat d'un acomiadament anterior a la successió i que no hagin estat satisfets (STS 30 de novembre de 2016, ROJ: 5601/2016).

Tal com ha indicat MAURI, amb encert, en realitat, d'aquestes previsions normatives es desprèn una regla general, un límit temporal i una excepció. La regla general consisteix en el manteniment dels drets i les obligacions derivats de la norma convencional vigent en el moment de la transmissió,²²⁷ sense que sigui vàlida la substitució convencional i la modificació substancial aplicades per acord entre l'empresa cedent i la representació legal majoritària dels treballadors, atès que hi ha concurrència de frau de llei perquè tenen la finalitat que s'apliquin als treballadors subrogats unes condicions laborals menys favorables que les condicions de

227. Pel que fa a l'obligació de l'empresa cessionària de respectar les condicions que estableix el conveni de la cedent mentre no sigui substituït per un de nou aplicable a la primera, convé indicar que un conveni en situació d'ultraactivitat, denunciat però no substituït per un altre, manté «vives» les seves clàusules normatives, i per això se n'ha de mantenir l'aplicació als treballadors cedits fins que sigui aplicable un conveni nou. En relació amb aquest punt i amb l'eficàcia temporal dels convenis, cal tenir en compte la STS de 22 de març de 2002 (Rec. 1170/2001).

què gaudien a l'empresa cedent, ja que se'ls imposa el conveni col·lectiu de l'entitat cessionària (SAN de 21 de desembre de 2016, Rec. 156/2014); el límit temporal derivaria de l'eficàcia temporal de la norma convencional o del resultat d'un nou procés negociador amb els treballadors afectats amb el cessionari;²²⁸ i l'excepció, d'un pacte en contra, entre el cessionari i els representants dels treballadors.²²⁹

10.4. Com a conclusió: la necessitat d'adaptar el nostre marc de relacions laborals en el sector públic

Com és sabut, la dinàmica de funcionament de les nostres administracions públiques ha anat plantejant nombrosos interrogants amb relació al personal laboral al seu servei després de la introducció generalitzada que hi va haver a partir de la dècada dels anys vuitanta del segle xx. Diverses qüestions han anat esquitxant la seva evolució, com ara, per esmentar-ne algunes: la delimitació de les funcions que han d'exercir i quines els estarien vedades (amb contradiccions insuperables en sectors com l'universitari); si podien accedir o no a l'exercici de funcions d'autoritat i de llocs de treball amb responsabilitats de direcció; si les condicions de treball havien de ser les mateixes del personal funcionari o no, i si s'havien de regir per l'autonomia col·lectiva exclusivament; les conseqüències de les decisions empresarials adoptades en frau de llei respecte de la estabilitat en l'ocupació; l'aplicació matisada de les disposicions de l'Estatut dels treballadors;²³⁰ la dificultat

228. D'altra banda, la STSJ d'Andalusia de 20 de desembre de 2016 (Rec. 9/2016) considera vàlid l'acord exprés adoptat per la comissió negociadora constituïda vàlidament de prorrogar fins a una data determinada la ultraactivitat dels dos convenis col·lectius aplicables al personal d'Andalusia Empresa, Fundación Pública Andaluza.

229. MAURI MAJÓs, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 120, es fa ressò de la STJUE de 9 de març de 2008 (C-499/2004), la STS de 26 de desembre de 2013 (ROJ: 6672/2013), STS de 6 d'octubre de 2015 (ROJ: 4840/2015), etc.

230. La singularitat de les administracions públiques com a ocupador és notòria. Així ho reconeix fins i tot la jurisprudència social. Podeu veure, a tall d'exemple, la STSJ de Catalunya d'11 d'octubre de 2012, que argumenta que: «Partint de l'article 103 de la Constitució espanyola, que preveu que l'Administració pública ha d'actuar d'acord amb l'objectivitat dels interessos generals i actua d'acord amb els principis d'eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació, i tenint en compte que, si bé l'Administració pública en general i l'Administració local en particular poden disposar d'empleats públics lligats amb un vincle laboral segons els criteris que marca l'Estatut bàsic de l'empleat públic, això no vol dir que l'Administració pública estigui exposada als riscos de les empreses i que la seva actuació com a ocupador en la relació laboral hagi de ser, per tant, exactament igual que la de qualsevol altre ocupador que no tingui la condició d'ens públic. Cal tenir en compte, seguint la doctrina de diferents tribunals laborals, que, mentre que les empreses regeixen la seva actuació per la lògica de la iniciativa pròpia i la llibertat d'empresa, les administracions públiques s'han de dedicar de manera exclusiva a servir amb objectivitat els interessos generals, la qual cosa es materialitza mitjançant la prestació dels serveis públics incardinats dins d'una esfera competencial d'acord amb la llei; mentre que l'empresa es desenvolupa d'acord amb les lleis de dret privat i del mercat, en general, en concurrència i en competència amb altres empreses, l'Administració pública està subjecta al dret públic i no queda afectada per les lleis del mercat ni de la competència; mentre que les empreses desenvolupen la seva iniciativa mitjançant la inversió i el benefici, i, per tant, es troben exposades als riscos que en són inherents, i fins i tot la seva existència mateixa depèn del seu èxit, les administracions públiques no pateixen riscos empresarials ni de cap mena precisament pel caràcter reglat del comportament i per la circumstància que ajusta la seva actuació d'una manera escrupolosa al pressupòsit que han d'exposar; i, finalment mentre que a les empreses hi ha o es pot establir una relació entre el cost social que cada treballador representa per a l'empresa i l'ingrés que per a l'ocupador suposa l'aportació en forma de treball, i que queda reflectit en el resultat d'explotació, la qual cosa, per cert, permet valorar la pertinença de determinar mesures de regulació d'ocupació fins i tot de manera diferenciada per lloc de treball, a les AP no hi ha aquesta relació ni es pot establir, atès que l'activitat que l'Administració exerceix no es ven en el mercat sinó que es finança per mitjà de tributs. Totes aquestes diferències posen en relleu que, tot i que tant les empreses com les administracions públiques poden aparèixer com a subjectes ocupadors en una relació laboral, les peculiaritats pròpies que presenten les administracions públiques com a ocupadors impedeixen que la dinàmica del contracte de treball en què participen es pugui equiparar sense més a la de l'empresa privada en general, ja que hi ha matisos importants que impedeixen a les

d'aplicar certs aspectes del dret laboral respecte de la posició institucional de l'Administració pública,²³¹ etc.

Es pot dir, contemplant retrospectivament el que ha passat, que pràcticament res no ha respost al plantejament inicial amb què es va idear la introducció del personal laboral en la nostra ocupació pública al servei de les nostres administracions, que, essencialment, i com és sabut, no era altre que dotar l'ocupació pública de més flexibilitat. Potser el problema de fons és que la flexibilització de l'ocupació pública s'hagués hagut d'abordar precisament mitjançant aquest recurs, és a dir, disposar d'un estatut funcional més d'acord amb els temps, i no introduint amb caràcter generalitzat noves figures de personal que, al cap i a la fi, sembla que no han estat un recurs tan efectiu com es pensava i les singularitats han acabat per complicar les ja de per si complexes relacions laborals en el sector públic.²³²

10.4.1. La problemàtica i la singularitat del personal laboral a les administracions públiques

La projecció del dret públic sobre el personal laboral que presta els seus serveis en el sector públic no s'ha limitat –encara que en un primer moment tampoc no fos meridianament clar, malgrat el marc constitucional– a les fases de selecció i adjudicació dels contractes,²³³ segons la teoria clàssica imperant respecte dels

administracions públiques recórrer a mecanismes que la Llei reserva, encara que això no es digui expressament, a les empreses en el sentit estrictament mercantil del terme, tal com va establir la sentència del Jutjat del Social núm. 12 de Barcelona».

231. En dona compte d'alguns CANTERO MARTINEZ, J., «Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 28 (2012), p. 19.

232. Respecte a això –és a dir, a propòsit de les singularitats que presenta el personal laboral al servei de les administracions públiques–, podeu veure el núm. 93 de la *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (2011), dedicat íntegrament al seu estudi. A. MONTÓYA MELGAR, en l'editorial indica respecte a aquesta qüestió que «el treball per compte d'altri prestat per a les administracions presenta múltiples manifestacions singulars, que es plasmen, per exemple, en l'existència de límits en la planificació dels recursos humans corresponents; en els procediments de selecció dels treballadors al servei de les administracions esmentades; en el respecte necessari al principi de protecció de l'interès general, del qual es deriva un règim d'incompatibilitats per als empleats públics inexistent en l'àmbit privat; en les limitacions que s'estableixen amb vista a la fixació del règim retributiu; en les peculiaritats que el principi d'estabilitat en l'ocupació presenta en el marc de l'ocupació pública, així com, en general, en els trets singulars que la relació laboral presenta en matèria de drets i deures dels treballadors al servei de les administracions públiques i quant al seu règim disciplinari».

233. En el moment que neix el contracte passa això i s'hi distingeixen uns actes separables –pel fet de ser pròpiament administratius– que són impugnables davant la jurisdicció contenciosa administrativa, però amb conseqüències sobre la vida del contracte laboral subscrit. Podeu veure, sobre aquesta qüestió, la STSJ de les Illes Canàries (Las Palmas) de 31 de juliol de 2012, que argumenta que: «C) La jurisprudència (STS/III 31/10/00 [Rec. 3765/96], seguint la línia marcada per la STS/IV 10/03/99 [Rec. 138/98]), ha assenyalat que les administracions públiques, en la seva esfera d'actuació externa, es regeixen en general pel dret administratiu, però també se'ls reconeix la possibilitat d'ajustar una part d'aquesta actuació a les normes del dret privat, tant civil com laboral. En aquests casos, cal diferenciar, d'una banda, l'acte jurídic perfeccionat o formalitzat segons les regles del dret privat i, d'una altra, la decisió administrativa per la qual l'ens públic exterioritza la seva voluntat concurrent per perfeccionar aquest acte de dret privat. Per això, quan es tracta que l'Administració ha de formalitzar un contracte de treball, també cal distingir aquestes dues facetes: la decisió administrativa per la qual se selecciona la persona amb la qual s'acorda el contracte de treball, i es manifesta la voluntat de perfeccionar-lo; i el vincle contractual laboral que resultant posteriorment, diferencia de la decisió administrativa prèvia. Aquesta dualitat es projecta també en l'àmbit processal, de manera que la competència jurisdiccional per conèixer de les controvèrsies que puguin plantejar-se en aquesta matèria és també doble, i correspon a l'ordre contenciós administratiu el coneixement de les impugnacions dirigides contra el procés administratiu de selecció del treballador i contra l'acte de la designació, i a la social els litigis que sorgeixen en la dinàmica del contracte de treball que neix a conseqüència d'aquesta selecció i designació. D) Per l'aplicació de la doctrina anterior sobre els actes separables, a partir de la Sentència de 10/03/99 (Rec. 2138/98), la Sala Quarta del Tribunal Suprem, apar-

contractes privats subscrits per l'Administració,²³⁴ sinó que hi ha hagut una progressiva projecció ulterior del dret públic que ha arribat als efectes i fins i tot a l'extinció del contracte. I és que, després que s'aprovés el RD 2223/1984, de 19 de desembre, i, a continuació, les successives normes que s'han anat dictant, amb la inclusió de disposicions específiques per a aquest tipus de personal, que van culminar en la nova concepció que introduïa l'EBEP, es va resoldre qualsevol dubte que es pogués plantejar sobre l'aplicabilitat de criteris de publicitat, mèrit i capacitat per a la selecció d'aquest personal, almenys pel que fa al gruix del sector públic (com se sap, la intensitat d'aplicació d'aquests principis i, sobretot, les regles que els fan efectius, és menor en el cas de fundacions, empreses públiques, etc., d'acord amb la disposició addicional primera EBEP), però el procés, com diem, es va estendre també a altres aspectes relatius al contingut de la relació (límits pres-supostaris a l'increment retributiu, incompatibilitats, drets i deures, etc.) i ha culminat afectant també la negociació col·lectiva i l'extinció dels contractes de treball per adaptar-la a la posició institucional de les nostres administracions públiques que, com ja apuntàvem, plantejava certa problemàtica en l'aplicació de les institucions sorgides en l'àmbit laboral.²³⁵

La realitat mostra que, tant si volem com si no volem, en aquestes tres últimes dècades s'ha esdevingut, fonamentalment per la via del conveni col·lectiu,

tant-se de la tesi que havia mantingut en les precedents de 20/03 i 5/10/94 (Rec. 1673 i 3790/93), ha establert de manera uniforme i consolidada (entre les més recents, S 21/01/08, Rec. 454/07; 28/05/08, Rec. 136/07; 23/04/09, Rec. 4335/07), els criteris següents pel que fa als efectes jurídics que produeix l'anul·lació de l'acte administratiu que va servir de suport a la formalització del contracte de treball, en la relació laboral que empara l'acte declarat nul. 1) Aquesta circumstància justifica l'extinció dels contractes de treball subscrits d'acord amb l'acte administratiu anul·lat, de manera que s'erigeix en una causa extintiva per motius als quals el treballador és aliè i que deriven una manera inicial de procedir defectuosa per part de l'ocupador, el qual ha de recórrer per això a algun dels procediments legals que preveu en l'art. 49 ET. 2) L'impediment de la prestació de treball per acte d'autoritat o *factum principis* (definit habitualment com a ordre de l'autoritat governativa) és equiparable a la força major. 3) L'assimilació esmentada comporta que, per al compliment de la resolució administrativa que declara la nul·litat de l'acte previ a la contractació, l'Administració, en la condició d'ocupadora pública, hagi de recórrer, o bé la via de l'art. 51 ET, quan se superen els límits numèrics de l'apartat 1 del precepte legal esmentat, o bé a la de l'art. 52 c), quan no s'assoleixin aquests límits quantitius i temporals [...]. I continua dient més endavant: «el qual va esdevenir ferm perquè l'interessat no el va impugnar davant la jurisdicció competent, tampoc no legitimaria l'extinció automàtica de la relació laboral, ja que, encara que per l'aplicació de la doctrina dels actes separables la nul·litat de l'acte administratiu pel qual es va procedir al nomenament de l'actor com a personal laboral de l'Ajuntament té conseqüències jurídiques indubtables sobre aquest vincle laboral que porta causa de l'acte administratiu vàlidament anul·lat, aquestes conseqüències no són, com manté la recurrent, la nul·litat del contracte de treball, sinó, tal com entén la jurisprudència consolidada a què es fa referència en l'apartat D, la possibilitat de procedir a la seva extinció a l'empara de l'art. 52.c ET, atès que hi concorre una situació equiparable a la força més gran que justificaria la rescissió contractual, tal com correctament ha entès la magistrada a quo».

234. Sobre l'aplicació de la doctrina dels actes separables, podeu consultar RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, p. 92, 237 i s., que respon a allò que a Alemanya ha estat denominat la teoria del doble nivell (*Zweistufenlehre*), de manera que la decisió de si se subscriu un contracte per satisfer els interessos generals (*das Ob*) i el control seu correspon a la jurisdicció contenciosa administrativa, mentre que la decisió sobre quin règim jurídic l'ha de regir, de dret públic o de dret privat (*das Wie*), determina que resti subjecte a una jurisdicció o a l'altra. Així doncs, segons aquesta teoria, fins que es perfè el contracte, qualsevol actuació de les administracions públiques com a tals ha d'estar sotmesa al dret administratiu per garantir l'objectivitat de l'actuació (art. 103 de la Constitució), de manera que les fases de preparació i adjudicació de tots els contractes de les administracions públiques, tant administratius com privats, se sotmeten a la regulació administrativa i no al dret privat. Aquesta és, en definitiva, l'explicació del que la doctrina ha denominat actes administratius separables del fons dels contractes privats, és a dir, l'aplicació de la legislació de contractes públics en les fases de preparació i adjudicació del contracte, controlades per la jurisdicció contenciosa administrativa, mentre que la resta del règim jurídic dels contractes privats de les administracions públiques és de dret privat i controlat per la jurisdicció corresponent.

235. En relació amb aquesta problemàtica, és a dir, l'aplicació de les reformes empreses al personal laboral al servei de l'Administració, podeu veure l'estudi anterior a aquestes últimes reformes que analitzarem de GOERLICH PESET J. M. i NORES TORRES, L. E., «La reestructuración de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación en los entes locales», *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 4 (2000), i, més recentment, de ROQUETA BUJ, R., «Las reestructuraciones de las plantillas laborales en la Administración Pública», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2011).

però no exclusivament (a tall d'exemple, podeu veure la normativa sobre incompatibilitats o la de prevenció de riscos laborals, etc.), una rigidesa progressiva en les condicions de treball d'aquest personal, pràcticament assimilat a tot el col·lectiu de personal funcionari, sense mecanismes de flexibilització efectius. Les diferents normes dictades en els darrers anys, també és cert, han introduït canvis decisius en aquest escenari i, sens dubte, han flexibilitzat la situació (n'hi ha prou que ens referim a la clàusula de desvinculació del que s'ha pactat que preveu el nou article 32.2 EBEP després de la modificació), però que també han tornat a plantejar de nou una qüestió llargament debatuda i, em temo, mai solucionada: recórrer a aquesta naturalesa de la relació jurídica, o almenys com s'ha fet, és una solució per a l'exercici correcte de les nostres administracions públiques?

Ara, després dels processos de redefinició del paper del que és públic que estan en marxa, i més específicament del retorn al sector públic dels serveis públics que en un altre temps van ser externalitzats, de nou s'ha plantejat una problemàtica rellevant, no només en l'àmbit de l'ordenament jurídic intern, sinó també –només cal comprovar la doctrina del TJUE– en la interpretació de l'abast de les directives europees quan s'apliquen als ens englobats dins el sector públic.

10.4.2. La problemàtica que presenta la reinternalització de serveis públics en l'àmbit municipal: una nova prova que avala una reforma en profunditat del personal laboral al servei de les administracions públiques

Entre les mesures de reestructuració del sector públic, i de signe contrari a l'externalització de serveis públics, hi ha la (re)municipalització de serveis públics, però, a diferència d'altres processos de reestructuració d'aquests serveis que s'esdevenen, aquest, pel que fa a l'impacte sobre el personal, estava mancat de la més mínima regulació específica de caràcter administratiu o de normes laborals de caràcter especial, l'exigència de les quals es feia evident si tenim en compte el que s'exposa en aquest treball i de l'enorme confusió i inseguretat que s'havia generat amb aquest buit normatiu.

En efecte, els processos de reestructuració del sector públic, tant en l'àmbit estatal com en l'autonòmic, han requerit, com hem donat compte oportunament, solucions *ad hoc* per respondre a la problemàtica que presentaven pel que fa a la integració del personal procedent d'ens o unitats no adscrites, en forma estricta, a la consideració d'Administració pública. Així doncs, hem vist que, mitjançant el mecanisme de la successió en les obligacions laborals, o bé mitjançant mecanismes *sui generis*, com és ara el personal indefinit no fix «a extingir» o l'anomenat treballador «subrogat», s'ha mirat d'oferir una resposta als requeriments que des del dret públic, i els principis que l'informen, plantejava aquesta situació.

Aquesta certa orfandat de les nostres entitats locals, desproveïdes de la facultat de dictar normes amb rang de llei, ha estat, però, propícia perquè la problemàtica quant a l'aplicació de les normes relatives a la successió d'empreses en el sector públic es posés en relleu, amb tota la seva cruesa: l'aplicabilitat mateixa al sector públic local; els límits que plantejaven les normes pressupostàries pel que fa a l'increment de la despesa pública; la mateixa subrogació en les relacions laborals i si la seva viabilitat en els supòsits diferents de la subrogació *ex lege* derivada de l'aplicació de l'article 44 ET (tant la convencional, com la contractual o la derivada de l'anomenada successió de plantilles); l'estatut jurídic del personal que és subrogat, etc., han estat algunes de les qüestions que han generat una intensa discussió doctrinal i jurisprudencial. I em temo que no acabarà aquí.

Finalment, com hem anat explicant, la legislació pressupostària de 2017, emparant-se en la jurisprudència recaiguda en el sector públic andalús, ha donat carta de naturalesa a una nova figura de personal, un altre cop de creació jurisprudencial: l'anomenat «treballador subrogat». Una normativa per la qual, aparentment, s'ha d'omplir aquest buit mitjançant un treballador que s'integra a l'Administració pública, o a una entitat de dret públic o privat dependent instrumentalment d'una Administració pública, però que no té la condició d'empleat públic, la situació i les condicions laborals del qual, i dic bé, només estan parcialment definides i que, de ben segur, ha de generar una problemàtica nova. I és que no s'ha aclarit si aquesta situació ha de perviure en el temps o és només una situació transitoria que s'ha d'extingir; si cal procedir a convocar proves selectives d'accés a l'ocupació pública amb independència de la voluntat dels treballadors o si és preceptiva la seva anuència;²³⁶ si convocades i no superades per aquests treballadors s'extingirien les relacions de treball; quin paper juguen respecte d'aquestes limitacions a l'increment de la despesa pública i els instruments d'ordenació del personal, etc. Totes aquestes són qüestions, com es pot imaginar, d'enorme importància que ara, en aquest nou camp de joc que s'obre després de la normativa pressupostària, cal resoldre.

Això, a grans trets, determina l'existència de diferents tipus de personal laboral al servei del sector públic, tots amb singularitats respecte del personal laboral que presta els seus serveis en el sector privat, és a dir: el personal directiu subjecte a la relació laboral especial d'alta direcció; el personal laboral, fix o temporal, subjecte a l'EBEP; el personal laboral de societats públiques i fundacions –al qual

236. Així es desprèn de la STSJ d'Andalusia de 29 d'octubre de 2012 (ROJ: 9369/2012), segons la qual és possible conciliar tots dos principis, «d'una banda, el respecte a les relacions laborals en què se subroga l'Administració i, d'una altra, el principi de mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública, de manera que, a partir de la subrogació exposada, s'imposin proves d'aptitud als treballadors que, vinculats amb les entitats extingides, pretenguin l'accés a l'ocupació pública, i mitjançant les vies que ofereix la legislació laboral per a l'extinció, si escau, de la relació laboral dels empleats d'aquestes entitats que no superin les proves d'aptitud requerides per a l'accés a l'ocupació pública, atès que extingir sobtadament les relacions laborals per aquestes raons no suposa que la Junta d'Andalusia desconeixi la subrogació en aquestes relacions, ja que l'Administració, per descomptat, no es pot desentendre sense més d'aquests treballadors, però això tampoc no pot suposar el manteniment de la relació laboral i la seva conversió en ocupació pública per a aquells que no superin les proves d'aptitud de què es tracta.»

l'EBEP i la resta de la normativa de dret públic només el serà aplicable en la mesura que, de manera expressa, aquestes normes s'hi refereixin—; el personal laboral indefinit no fix en els supòsits que sigui procedent aquesta qualificació; i, finalment, ara per ara, en el cas de la subrogació en les relacions laborals, aquests treballadors que, no ho oblidem, mancats de la condició d'empleats públics i subjectes al seu propi règim jurídic, presten serveis en el sector públic i perceben les seves retribucions d'aquest.

La pregunta és òbvia: aquest conjunt de relacions laborals especials i singulars, no ha desbordat una racionalitat elemental en l'ocupació pública? Més concretament, no caldria abordar aquest conjunt de situacions més enllà d'una previsió pressupostària necessàriament contingent d'una vegada, aquí sí, amb una previsió indefinida?

10.4.3. Una tercera reflexió: la naturalesa de les relacions laborals en el sector públic requereix la seva qualificació definitiva com a especial i extreure totes les conseqüències que se'n deriven?

Les inèrcies mantingudes al llarg dels últims trenta anys han provocat un sentiment generalitzat, i no sense certa raó, que el nostre sistema d'organització i ocupació pública és manifestament millorable. La doctrina més solvent i coneixedora de l'ocupació pública espanyola ha apuntat alguns excessos: de personal, de politització, de protagonisme sindical, de seguretat, de rigidesa; i també alguns defectes: de planificació, de carrera professional i de productivitat.²³⁷ La crisi econòmica i les mesures adoptades al llarg d'aquesta no han fet altra cosa que incrementar els problemes, i la «finestra d'oportunitat» que podria haver suposat per acabar amb les rèmores, conegudes i diagnosticades reiteradament en la nostra ocupació pública, no s'ha aprofitat. Ans al contrari, s'han exacerbat diferents disfuncions com a conseqüència de la gestió realitzada.

Però, com també resulta notori per a qualsevol coneixedor de la nostra ocupació pública, la seva reforma estructural, i, consegüentment, de les institucions clau per millorar-ne l'eficiència, és una qüestió que no es pot ni s'ha de demorar més si, a més d'atendre les urgències aparents que s'han presentat en aquests anys, pretenem abordar la tasca, sempre relegada, d'establir un marc de relacions laborals en el sector públic d'acord amb les necessitats del país que no pot basar-se simplement, i avui ho veiem com una obvietat, en l'esperança del creixement in-

237. Una opinió idèntica té SÁNCHEZ MORÓN, M., «Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas», a *Crisis económica y función pública*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, per al qual «en el nostre sistema d'ocupació pública persisteixen seriosos desequilibris, que s'han aprofundit amb el temps», però també «els ajustos actuals, exigits per raons pressupostàries, estan corregint alguns dels efectes econòmicament més perjudicials d'aquestes desequilibris, tot a costa de reduir la qualitat dels serveis» i afegeix aquest autor que «els ajustos no incideixen en les causes originàries dels desequilibris».

definit. La sostenibilitat del creixement serà una clau ineludible per al nostre sector públic en els pròxims anys, però també hem de tenir present que aquesta tasca no es pot ni s'ha d'afrontar, com s'ha fet, de manera exclusiva, amb l'ajust lineal, quantitatiu –no qualitatiu– i uniforme de l'estructura del sector públic i de les condicions de treball dels empleats públics.

Precisament per això, sembla que és un bon moment per tenir en compte nous elements amb relació a la prestació dels serveis en el sector públic que, de ben segur, haurien de ser posats en valor en el desenvolupament legislatiu de l'EBEP, o encara millor en una modificació eventual de l'EBEP de més abast que la feta fins ara, que es limita a un text refós i a un recull de disposicions específiques escampades en diversos textos legals i reglamentaris. L'opció simple i desafortunada, com s'està esdevenint, d'aplicar reiteradament normes allunyades de les característiques singulars que l'ocupació pública presenta no és la millor solució, i els supòsits d'integració i desvinculació, tant de personal funcionari com laboral, mereixen una resposta més adequada.

I és que la inexistència de previsions normatives específiques sobre la singularitat del sector públic en aquests processos és determinant perquè l'aplicació, sense més, de la normativa laboral ordinària –ja hem vist que també insuficient i amb les conseqüències que hem apuntat– produeix certs desajustos.²³⁸ Al nostre parer, una reforma de l'EBEP en aquests aspectes –atesa la naturalesa especial de les relacions laborals en el sector públic– hagués estat una bona opció per regularitzar les diferents situacions que es produeixen i no deixar aquesta funció a la tasca creativa, encara que meritòria, de la jurisprudència.

238. La doctrina laboralista més acreditada també propugna la necessitat d'un canvi normatiu. En aquest sentit, MONERED PEREZ, J. L., «Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente», *Trabajo y Derecho*, núm. 5 (2017), a propòsit de la successió de plantilles, exposa que: «Aquesta construcció és sens dubte encara incompleta, deficient i, en gran manera aporètica. Però la gran virtualitat jurídicopràctica de la jurisprudència del TJUE ha ragut en l'esforç innovador (més enllà de la correcció tècnica deficitària d'algunes de les seves construccions) i en el fet d'haver ressaltat que la transmissió d'elements d'actiu empresarial (infraestructura econòmica, béns materials i immaterials, etc.) no constitueix una condició *sine qua non* per a l'aplicació del fenomen successori en empreses típicament desmaterialitzades (és a dir, les pròpies del sector de serveis en un context de terciarització de l'economia). I aquí és on es produeix un gir definitiu, un punt d'inflexió o de no retorn respecte a la revisió de la concepció tradicional de l'empresa “materialitzada” (que acaba per confondre l'empresa amb el complex de béns patrimonials que pot implicar) i permet atendre l'especificitat econòmica i jurídica de les “empreses desmaterialitzades” en expansió pel creixent procés de terciarització de l'economia. En qualsevol cas, queda molt per fer i sembla necessària la regulació legal específica dels canvis de titularitat en contractes i concessions administratives. Una regulació que garanteixi la seguretat jurídica i un equilibri entre la rigidesa en les garanties conferides als treballadors (reconeixent, entre aquestes, de manera expressa el dret d'oposició individual a la cessió del contracte, mitjançant l'art. 1205 *in fine* del Codi Civil) i la flexibilitat necessària quant als efectes de la transmissió en la posició jurídica del nou ocupador (contractista o adjudicatari del servei o activitat productiva). A aquest efecte, seria factible i útil la intervenció legislativa (en la línia que consagra el principi bàsic de l'art. 35 CE) en el que fa referència a precisar i delimitar (que no s'ha d'entendre com a limitació, sinó com a promoció efectiva de l'autonomia col·lectiva) el paper de la negociació col·lectiva en aquesta matèria, establint-ne, per descomptat, un protagonisme més gran, però sobre la base d'un mínim de garanties legals; i fins i tot, el sistema legal instituint (tant si és l'art. 44 ET mateix com si no) podria assumir una funció supletòria respecte a l'autonomia col·lectiva negociadora, amb la qual cosa s'evitarien buits de regulació i perjudicis i tractes desiguals poc justificables en supòsits d'una fesomia pràctica semblant. O bé, en una altra opció legítima de política del dret, es podria promulgar una normativa legal específica per als diferents tipus de canvi de titularitat operats en el marc d'empreses “desmaterialitzades”, comunitària i nacional (que podria regular un apartat de l'art. 44 ET mateix, com a supòsits singulars), per als supòsits de canvi de titularitat en les contractes i en les concessions administratives, compatible amb l'obertura d'amplis espais per a la intervenció de l'autonomia col·lectiva negociadora (en què la legislació estatal específica assumeixi, o no, una funció supletòria respecte dels productes jurídics que emanen de l'autonomia col·lectiva). Després del llarg procés d'experimentació de la normativa successòria laboral en l'hermenèutica cal que s'obri un procés d'autoreflexió legislativa que permeti donar una resposta generalitzada, coherent, homogeneitzadora i racionalitzadora als dilemes regulatius que presenten els canvis de titularitat en les contractes i en les concessions administratives (com es veurà, això s'ha incrementat en pronunciaments recents del Tribunal Suprem)».

Com sabem, l'EBEP, norma de caràcter bàsic, va dedicar per primera vegada amb una visió global i de conjunt disposicions específiques sobre el personal laboral al servei de les nostres administracions públiques. La idea d'empleat públic que hi era subjacent va ser determinant per a l'acostament del règim jurídic dels dos grans col·lectius en què s'estructura l'ocupació pública: el personal funcionari i el laboral. D'aquesta manera, i per primer cop, aquest doble col·lectiu va rebre un tractament comú en el qual cal destacar de manera principal els drets i els deures dels empleats públics, allunyat de la inamovibilitat característica dels funcionaris públics, i que quedaven pràcticament unificats, llevat d'alguns aspectes concrets. Nombroses normes referides a l'accés també reben el mateix tractament, així com amb relació al règim disciplinari i altres aspectes referits a la negociació, l'ordenació de l'activitat professional, la planificació de recursos humans, etc.

En aquest sentit, l'article 7 EBEP, norma clau en el sistema d'interpretació de les fonts d'aquest tipus de personal,²³⁹ estableix inequívocament que el personal laboral al servei de les administracions públiques, a més de regir-se per la legislació laboral i per la resta de normes convencionalment aplicables, es regeix pels preceptes d'aquest Estatut que ho disposin així, de manera que estableixen un règim especial per als treballadors laborals del sector públic.²⁴⁰

Però la veritat és que, malgrat els avenços que aquesta concepció va poder suposar i malgrat l'intent que feia palès de ser respectuosa amb el sistema de fonts del personal laboral, ha acabat per revelar-se amb una certa manca d'ambició, posada de manifest, sobretot, quan els temps de bonança van deixar pas a una situació com la que s'ha esdevingut en els últims anys.²⁴¹

La situació actual planteja diferents qüestions: es tracta d'una relació laboral de caràcter especial, ja que presenta trets molt específics que afecten tota la vida de la relació jurídica? Si això és així, i, com a mínim, ho sembla, estem abordant-la amb la coherència i l'extensió que exigeix aquesta definició? Hauríem de distingir entre sector públic i administracions públiques, com va fer la reforma laboral? Una regulació de caràcter especial tan intensa com la que s'està produint finalment jus-

239. És cert que la resta de l'articulat, en abordar les diferents matèries, planteja una gran confusió en aquest sentit, la qual cosa ja ha obligat els tribunals a pronunciar-se sobre aquest sistema de fonts i, concretament, respecte a les normes referents als dies de lliure disposició en la STS de 7 de desembre de 2010. En relació amb aquest punt, podeu veure PALOMAR OLMEDA, A., «La problemàtica determinación del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la Administración y, especialmente, de la Administración Local», *Revista de Estudios Locales*, núm. 112 (2008).

240. Aquesta normava suposar, sens dubte, una aposta per homogeneïtzar les condicions de treball entre els diferents tipus de personal intentant superar la problemàtica que plantejava l'existència de dos col·lectius que, de vegades, tenien condicions de treball diferents en llocs de treball similars i introduint, junt a previsions legals referides al règim de selecció o disciplinari, per exemple, la possibilitat de negociació comuna en aspectes diversos i variats. Per tots, i en relació amb el règim jurídic resultant, podeu consultar SALA FRANCO, T., «El personal laboral, la relación laboral especial de empleo público», a SANCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid: Lex Nova, 2007, i LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público: estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Navarra: Civitas, 2009.

241. En aquest mateix sentit, podeu veure l'opinió de PINAZO HERNÁNDEZ, J., «Disonancias y ausencias en la relación laboral de empleo público: un estatuto básico insuficiente», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 770 (2009), p. 5, qui argüeix que «si certament l'EBEP aporta una mica més d'ordre, aquesta aportació, en vista de la situació preexistent, ens sembla insuficient –fonamentalment en termes de dissonàncies i absències o silencis– respecte del que diu l'exposició de motius i el que resulta de l'articulat.»

tifica el manteniment d'aquest tipus de personal en l'àmbit de les administracions públiques? Caldria més coordinació de les mesures adoptades en l'àmbit laboral amb la legislació d'ocupació pública perquè no hi hagi disfuncions indesitjables entre els instruments establerts per a l'organització i la reestructuració de l'ocupació pública i les mesures que s'adopten?

Totes aquestes preguntes, que ja és hora que ens posem a resoldre, posen en relleu una qüestió cabdal i coneguda: que el dret laboral presenta dificultats d'aplicació en l'àmbit públic si, a més, no es té en compte la legislació que articula el funcionament de les nostres administracions públiques. En efecte, les decisions empresarials són libèrrimes, absolutament discrecionals, amb el límit que no poden ser arbitràries, i només estan subjectes a allò que disposa el dret laboral. Però, en el cas de les administracions públiques quan actuen com a ocupadors, la situació és una altra de diferent, ja que per adoptar les decisions en aquest camp, a més de títols d'intervenció, necessiten justificar adequadament de manera prèvia la racionalitat (en l'actualitat, amb l'afegit del requisit de sostenibilitat financera), l'objectivitat i el servei a l'interès general de les diferents decisions que adopten, també, en l'àmbit de l'aplicació de les normes de l'ordenament jurídic laboral.

Bibliografía

ALFONSO MELLADO, C. L. «La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (Atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)». *Revista de Derecho Social*, núm. 73 (2016).

AMOEDO SOUTO, C. E. «La autoprovisión administrativa como alternativa a la externalización». A: FONT i LLOVET, T. i Díez SÁNCHEZ, J. J. (coord.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*. Madrid: Iustel - Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, p. 117 i s.

ARBÚES GARCÍA, F. «Los procesos de transición en la remunicipalización del servicio urbano de agua». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69 (2017).

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. *Manual de Administración local*. Granada: Comares, 1992.

BALLINA DÍAZ, D. *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal entre el Derecho público y el Derecho privado*. Madrid: INAP, 2015.

BOIX PALOP, A. «El régimen local tras el fracaso de la reforma 2013». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 68 (2017).

BOLTAÍNA BOSCH, X. «Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública». *Aranzadi Social*, núm. 4 (2002).

— «La gestión de recursos humanos en una época de crisis: el personal de nuevo ingreso, la interinidad y la temporalidad. Los procesos de funcionarización del personal laboral». A: CASTILLO BLANCO, F. A. (coord.). *La reforma del sector público*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014.

CALVO GALLEGU, F. J. «Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público». *Temas Laborales*, núm. 114 (2012), p. 205-226.

CANTERO MARTÍNEZ, J. «Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal». *Cuadernos de Derecho Local* (Fundación Democracia y Gobierno Local), núm. 28 (2012).

CASTILLO BLANCO, F. A. «Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86 (1995).

— «Sostenibilidad de la Economía Local: ¿estamos reordenando nuestra Administración y el empleo público para que sean competitivos y estratégicos para el desarrollo?». A: CASTILLO BLANCO, F. A. i PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (ed.). *Estudios jurídicos sobre economía urbana sostenible*. Granada: Ed. UIM, 2013.

— «La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal». *RVAP*, núm. 99-100 (maig-desembre 2014).

— «Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59 (2016).

CCOO. *Cuadernos de Acción Sindical*, octubre 2015.

COOMÉ I NIN, A. i GRAU I ARNAU, S. «Remunicipalización de servicios locales y competencia». *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43 (2017).

CUERVO, A. i FERNÁNDEZ, Z. «Una nueva estrategia para el sector público. La privatización». *Economistas*, núm. 19 (1986), p. 17-22.

DÍAZ LEMA, J. M. *Los monopolios locales*. Madrid: Montecorvo, 1994.

DÍEZ QUESADA, A. i GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V. M. «Innovaciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en materia de empleo público y en el régimen retributivo de los miembros de las corporaciones». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2 (2014).

ESTEVE PARDO, J. *Estado Garante. Idea y realidad*. Madrid: INAP, 2015.

— «El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69 (2017).

FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L. C. «La nueva reforma local en relación a los servicios públicos y el régimen de intervención en las actividades de los ciudadanos». A: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.). *La reforma de régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*. València: Tirant lo Blanch, 2014.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J. *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*. Navarra: Civitas - Ayuntamiento de Gijón, 1995.

FLORES DOMÍNGUEZ, L. E. «Privatizaciones y remunicipalizaciones: experiencias en el Ayuntamiento de Sevilla». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69 (2017).

GÁRATE CASTRO, J. «Descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas». *Actualidad Laboral*, tom I (2004).

- GARCÍA-PERROTE, I. *Manual de Derecho del Trabajo*. València: Tirant lo Blanch, 2014.
- GARCÍA RUBIO, F. «Pros y contras jurídico-administrativos de la reinternalización». A: FONT I LLOVET, T. i Díez SÁNCHEZ, J. J. (coord.). *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*. Madrid: Iustel - Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017.
- GIMENO FELIÚ, J. M. «Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59 (2016).
- «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y las condiciones jurídicas desde la óptica del derecho europeo». *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43 (2017).
- GOERLICH PESET, J. M. i NORES TORRES, L. E. «La reestructuración de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación en los entes locales». *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 4 (2000).
- GOERLICH PESET, J. M. i VEGA LÓPEZ, J. «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla». *Relaciones Laborales*, núm. 11 (1998).
- GÓMEZ ÁLVAREZ, T. «Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el art. 1.1 c) de la Directiva 23/2001. La interpretación del TJCE y de los Tribunales Españoles». *Relaciones Laborales*, núm. 8 (2002).
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales». A: MARTÍN, S. i BAQUER, R. (coord.). *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al Profesor García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991.
- GUAYO CASTIELLA, I. DEL. «Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la Ley n.º 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 2 (nova època) (2014).
- HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H. M. «Subrogación laboral en los contratos del sector público», *Actualidad Administrativa*, núm. 5 (2014).
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. «La política de recursos humanos del sector público en un contexto de contención fiscal: impactos inmediatos, mediatos y a largo plazo (especial referencia al ámbito local): ¿una transformación de la institución del empleo público?». A: CASTILLO BLANCO, F. A. (coord.). *La reforma del sector público*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014.
- LAHERA FORTEZA, J. «La intersección entre las cláusulas convencionales de subrogación contractual y la transmisión de empresa del art. 44 ET en las sucesiones de contratadas (STS 12 de julio de 2010, Rec. 2300/2009 y STJUE 20 de enero de 2011, asunto C-463/09)». *Relaciones Laborales*, núm. 19 (secció «Comentarios de jurisprudencia», quinzena de l'1 al 15 octubre 2011, tom 2, any 27).

- LÓPEZ GÓMEZ, J. M. *La relación laboral especial de empleo público: estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*. Navarra: Civitas, 2009.
- MADRIGAL ESTEBAN, M. J. i MARTÍNEZ SALDAÑA, D. «La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 40 (2015).
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. «De la simplificación de la Administración Pública». *Revista de Administración Pública*, núm. 147 (1998).
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. «Ejecución de los planes de ajuste y contratación pública». *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 11-12 (juny 2012).
- «La remunicipalización de servicios». *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9 (15 maig 2017).
- i ORTEGA JIMÉNEZ, P. «Sucesión de empresas y cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública». *Revista de Estudios Locales*, número extraordinari (2013).
- MAURI MAJÓS, J. «Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal». *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 49 (2017).
- *L'assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics. Cap a la creació d'una figura de personal subrogat? 2017* (inèdit).
- METCALFE, L. i RICHARDS, S. *La modernización de la gestión pública*. Madrid: INAP, 1989.
- MONEREO PÉREZ, J. L. «Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas», *Relaciones Laborales*, 1986, tom II, p. 68.
- *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*. Madrid, 1999.
- «Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral». A: CASTILLO BLANCO, F. A. i MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.). *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*. Granada: Editorial Comares, 2014.
- «Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia». *Revista de Derecho Social*, núm. 67 (2015).
- «Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos». *Temas Laborales*, núm. 135 (2016).
- «Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente». *Trabajo y Derecho*, núm. 5 (2017).
- MONTOYA MARTÍN, E. «Las fórmulas de gestión de los servicios públicos locales: los entes instrumentales». A: *Congreso europeo sobre descentralización y administra-*

ción territorial y administración local. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009.

— «Nuevas perspectivas sobre la gestión de los servicios locales: incidencia de la crisis económica y necesidad de racionalización del sector público instrumental». *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5 (2011).

— «Los servicios y la iniciativa económica local». A: RIVERO YSERN, J. L. (dir.). *Derecho Local de Andalucía*. Madrid: Editorial Lustel, 2012.

— «Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización sostenibilidad de la Administración Local». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36 (2014).

— «Reestructuración de la administración instrumental y de estructuras asociativas: lecciones aprendidas y estrategias». A: CASTILLO BLANCO, F. A. (dir.). *La reforma del Sector Público*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014.

MORA BONGERA, F. «Ejecución de planes de ajuste y empleo público. Incidencia de la reforma laboral del 2012». *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 11-12 (2012).

OCDE. «Public Management Development Survey». París, 1990.

ORTEGA BERNARDO, J. i SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE. «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales». *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9 (2015).

ORTEGA JIMÉNEZ, P. «La repercusión de los planes de ajuste en la Organización de las EE.LL». *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 11-12 (juny 2012).

PALOMAR OLMEDA, A. «La problemática determinación del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la Administración y, especialmente, de la Administración Local», *Revista de Estudios Locales*, núm. 112 (2008).

— «La planificación del empleo público y su ejecución: las medidas de redimensionamiento en el ámbito de las Administraciones Públicas». A: FUENTETAJA PASTOR, F. (dir.). *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

PAREJO ALFONSO, L. *Crisis y Renovación del Derecho Público*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

PINAZO HERNÁNDEZ, J. «Disonancias y ausencias en la relación laboral de empleo público: un estatuto básico insuficiente». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 770 (2009).

PONCE SOLÉ, J. «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones». *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40 (2016).

— «El derecho a una buena Administración: una palanca revolucionaria para lograr el buen funcionamiento de nuestras instituciones». *Gobernanza*, núm. 41 (2017). <<http://www.aigob.org/numero-41-revista-gobernanza/>>.

PUEBLA PINILLA, A. DE LA. «Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos». *Trabajo y Derecho*, núm. 17 (maig 2016).

QUINTANA LÓPEZ, T. *Las mancomunidades en nuestro derecho local*. Madrid: INAP, 1990.

RAMIÓ, C. «Los referentes internacionales en los procesos de externalización de servicios». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 77 (2006).

RECUERDA GIRELA, M. A. i FERNÁNDEZ DELPUECH, L. «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario». *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 83 (2012).

REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. i SERRANO OLIVARES, R. «El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58 (2005).

RIVERO ORTEGA, R. *Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

RIVERO YSERN, J. L. *Manual de Derecho local*. 6a ed. Madrid: Civitas, 2010.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*. Madrid: Iustel - Fundación Democracia y Gobierno Local, 2013.

— «Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 281-282, 2006, p. 3-70.

— «Las relaciones de trabajo ante la novación del concesionario de obra pública». *La Ley*, núm. 4, 2007, p. 1792-1815.

— «Los despidos objetivos en las Administraciones Públicas, rescate de contratos y concesiones y supresión de entidades o estructuras administrativas». A: CASTILLO BLANCO, F. A. (dir.). *La reforma del Sector Público*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014.

— «La remunicipalización de los servicios públicos: aspectos laborales». Ponència. Seminari sobre Relacions Col·lectives. Federació de Municipis de Catalunya, desembre 2015.

— «Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos. La aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones». *Trabajo y Derecho*, núm. 29 (2017).

ROJO TORRECILLA, E. «Derecho del Trabajo y empleo público. Reflexiones sobre jurisprudencia del TS y aportaciones del magistrado Manuel Ramón Alarcón». <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/el-derecho-del-trabajo-y-el-empleo.html>>.

ROQUETA BUJ, R. «Las reestructuraciones de las plantillas laborales en la Administración Pública». *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2011).

SALA FRANCO, T. «El personal laboral, la relación laboral especial de empleo público». A: SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.). *Comentarios a la Ley de Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid: Lex Nova, 2007.

— «El acceso al empleo público laboral». A: ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. i RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. M. (coord.). *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*. Navarra: Aranzadi, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*. Madrid: Ed. Tecnos, 1994.

— «Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas». A: FUENTETAJA, J. A. i CANTERO, J. (dir.). *Crisis económica y función pública*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

— «El impacto de la reforma de la Administración Local en el empleo público». A: *Anuario de Gobierno Local. ¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración Local en la Ley 27/2013*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014.

SERRANO SANZ, J. M. «El debate sobre la gestión pública o privada del servicio urbano de aguas». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69 (2017).

SOSPEDRA NAVAS, F. J. «El empleo público local: las medidas de ajuste y racionalización derivadas de la crisis económica». *Cuadernos de Derecho Local* (Fundación Democracia y Gobierno Local), núm. 36 (2014).

SOTO RIOJA, S. DE. «Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación y del tratamiento convencional». A: CRUZ VILLALÓN, J. (coord.). *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*. València: Tirant lo Blanch, 2015.

TAMAMES, R. (coord.). *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?* Barcelona: Editorial Profit, 2017.

TORNOS MAS, J. «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales». *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43 (2017).

VALDÉS DAL-REL, F. *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitarios y nacional*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

VEGA LÓPEZ, J. J. i GOERLICH PESET, J. M. «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?: los trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla (a propósito de las SSTs, dictadas en unificación de doctrina, de 7 de octubre y 10 y 30 de diciembre de 1996 y 14 de marzo, de 24 abril y 7 de julio de 1997)». *Relaciones Laborales*, núm. 1 (1998).

VELASCO CABALLERO, F. «Reforma de la Administración Local: una nueva distribución territorial de poder». A: CASTILLO BLANCO, F. A. (dir.). *La reforma del sector público*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014.

VILA TIerno, F. «Contratas y subcontratas en la Administración pública y otros supuestos de externalización y descentralización. Límites a su utilización». A: CASTILLO BLANCO, F. A. i MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.). *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*. Granada: Editorial Comares, 2014.

VILLAR ROJAS, F. J. «Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59 (2016).

WOLLMANN, H. «La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?». *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 31 (febrer 2013).

L'autor

Federico A. Castillo Blanco és doctor en Dret per la Universitat de Granada. Actualment, és catedràtic de Dret Administratiu en aquesta universitat i dirigeix diversos projectes d'investigació. Ha ocupat diferents llocs en les administracions públiques, universitats i organitzacions internacionals i té una àmplia trajectòria en el món professional a través de la transferència d'investigació d'aquesta universitat.

Ha publicat diverses monografies i nombrosos articles en revistes especialitzades en el camp del dret administratiu. Les seves àrees d'especialització són l'ocupació pública, el govern local i els principis generals del dret, especialment, la seguretat jurídica.



consorci d'estudis,
mediació i conciliació
a l'administració local

cemical.diba.cat

El CEMICAL, constituït per la Diputació de Barcelona, la Federació de Municipis de Catalunya, l'Associació Catalana de Municipis i Comarques, la Federació de Serveis Públics de la UGT de Catalunya i la Federació de Serveis Públics de CCOO, té dos objectius: promoure el progrés entre els representants dels ens locals i el personal al seu servei, i afavorir la resolució dels conflictes laborals. Amb la col·lecció Estudis de Relacions Laborals, el consorci es proposa facilitar el diàleg social, mitjançant la reflexió i el debat, i abordar qüestions objecte de discussió a les meses de negociació.

Sobre la reinternalització, a diferència d'altres processos de reestructuració de serveis públics, no hi havia, pel que fa al personal, cap regulació administrativa específica o normes laborals de caràcter especial, l'exigència de les quals es feia palesa d'acord amb el que exposa aquest treball i amb l'enorme confusió i inseguretat que havia generat aquest buit normatiu. Aquest llibre vol analitzar aquest procés en l'àmbit local de govern, i ho fa abordant les perspectives doctrinal, legal i jurisprudencial i les reformes legals recents derivades de la legislació pressupostària i de contractes del sector públic.

- 1** La funcionarització del personal laboral al servei de les corporacions locals catalanes: 101 preguntes, 101 respostes
- 2** L'assetjament psicològic: incidència en el sector públic
- 3** La carrera administrativa: noves perspectives
- 4** La conciliació de la vida laboral i familiar del personal al servei de les entitats locals catalanes
- 5** El personal directiu a l'Administració local
- 6** El personal laboral de les corporacions locals després de l'Estatut bàsic de l'empleat públic
- 7** Els òrgans de representació del personal funcionari: delegats i juntes de personal. Una visió crítica
- 8** L'acomiadament col·lectiu en les administracions i els ens públics. Marc general, causes i procediment
- 9** Aplicació del principi de no-discriminació al personal temporal al servei de l'Administració pública
- 10** La reducció de la jornada i l'excedència per tenir cura dels fills o els familiars a les administracions públiques
- 11** La discapacitat i l'ocupació a les administracions públiques
- 12** La reinternalització de serveis públics: aspectes administratius i laborals