

11



Estudios
de Relaciones
Laborales

Federico A. Castillo Blanco

La reinternalización
de servicios públicos:
aspectos
administrativos y
laborales

118 Estudios de Relaciones Laborales

Federico A. Castillo Blanco

La reinternalización
de servicios
públicos: aspectos
administrativos y
laborales

© Diputació de Barcelona
Noviembre 2017
Diseño gráfico: Jordi Palli
Composició: Addenda
Producció: Gabinet de Premsa y Comunicació de la Diputació de Barcelona

Índice

Abreviaturas	8
1. Problemática y singularidades del sector público local en la reordenación de su sector público o en la reversión de servicios públicos concesionados	10
1.1. Los procesos de reestructuración del sector público estatal y autonómico: problemas planteados en materia de personal.....	10
1.2. El caso local: «vacíos normativos» y la necesaria y aconsejable regulación de los efectos en materia de personal como consecuencia de las reestructuraciones del sector público.....	13
2. La remunicipalización de servicios públicos: contexto, causas y factores	17
2.1. Introducción: contexto de los procesos de reinternalización de servicios públicos.....	17
2.2. Las causas y factores que impulsan una vuelta a lo público: especial referencia a los factores a considerar para externalizar o reinternalizar servicios públicos.....	21
a) Las características concretas del servicio público.....	26
b) Las capacidades institucionales y financieras del municipio.....	27
c) Economía política y costes de transacción no económicos para la adopción de la medida de reinternalización del servicio público.....	27
3. La tramitación administrativa: el expediente de reinternalización	29
3.1. La situación con anterioridad a las reformas acontecidas en 2013.....	29

3.2. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y su incidencia en la tramitación procedimental para poner en marcha nuevos servicios o actividades de los entes locales	34
3.3. Limitaciones jurídicas en la adopción de la decisión de reinternalización del servicio.....	36
3.3.1. Las limitaciones que la LBRL establece a la reinternalización de servicios públicos en cuanto a la libre elección de la forma de prestación de los servicios públicos: artículo 85 y disposición adicional novena LBRL.....	37
3.3.2. Los límites para incorporación de nuevo personal derivados de la tasa de reposición de efectivos y otros instrumentos de ordenación de personal: especial referencia a la legislación contractual y presupuestaria	40
3.3.3. Límites derivados del territorio de prestación del servicio.....	46
4. Ámbito subjetivo de aplicación de las disposiciones relativas a la subrogación en las relaciones laborales: ¿son aplicables al sector público estos supuestos?	47
4.1. La regla general establecida: aplicación universal con independencia de la naturaleza pública o privada de cesionario y cedente y de la causa de la cesión.....	47
4.2. La excepción a la regla general: reorganizaciones administrativas y traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas.....	50
4.2.1. Los supuestos excepcionados de la directiva	50
4.2.2. La Ley de Presupuestos Generales del Estado 2017: ¿ampliación del ámbito de aplicación de la directiva y del ET?	56
4.3. Las excepciones previstas en la legislación contractual de las administraciones públicas.....	57
5. El supuesto típico de sucesión de empresas: subrogación <i>ope legis</i> en las obligaciones laborales	59
5.1. Cambio de titularidad de la empresa de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma.....	60
5.2. Lo transmitido ha de afectar a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio.....	62
5.3. Transmisión de los bienes que conformaban el activo utilizado para prestar el servicio público.....	63

5.4. Los requisitos a nivel jurisprudencial para que proceda la subrogación en las relaciones laborales.....	66
6. La sucesión de plantillas.....	69
7. La subrogación en las relaciones laborales por vía convencional.....	76
8. Las previsiones contenidas en la legislación contractual y más específicamente en los pliegos de contratación pública.....	81
8.1. La obligación de información a los licitadores.....	81
8.2. ¿Pueden los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecer obligaciones de subrogación o incluir esta como criterio de adjudicación?.....	83
9. Los supuestos de «cesión ilegal de trabajadores» como consecuencia de la ejecución de contratos administrativos.....	89
10. Las consecuencias para los trabajadores de los mecanismos de integración en el sector público.....	92
10.1. ¿Se ha de subrogar el ente local en todos los trabajadores de la contrata?: alcance y extensión de la subrogación.....	93
10.2. ¿Es preceptiva la subrogación para los trabajadores afectados?.....	97
10.3. El estatuto jurídico del personal integrado.....	99
10.3.1. La determinación de su estatuto jurídico.....	100
A) La solución recurrente y tradicional: el personal indefinido no fijo.....	100
B) La opción por el denominado trabajador «subrogado».....	108
10.3.2. Normas jurídicas, legales y convencionales de aplicación a los derechos y obligaciones laborales de los trabajadores reinternalizados.....	115
10.4. A modo de conclusión: la necesidad de adaptar nuestro marco de relaciones laborales en el sector público.....	119
10.4.1. La problemática y singularidad del personal laboral en las administraciones públicas.....	120
10.4.2. La problemática presentada en la reinternalización de servicios públicos en el nivel municipal: una nueva prueba que avala una reforma en profundidad del personal laboral al servicio de las administraciones públicas.....	122

10.4.3. Una tercera reflexión: ¿La naturaleza de las relaciones laborales en el sector público requiere su definitiva calificación como especial y extraer todas las consecuencias que se derivan de la misma? 124

Bibliografía 128

El autor 136

Abreviaturas

AGE	Administración General del Estado
art.	artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	comunidades autónomas
CE	Constitución Española de 1978
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
JCA	Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
JGL	Junta de Gobierno Local
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LOEPSF	Ley Orgánica 2/2010, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado
LRSAL	Ley 27/2013, 27 diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
RDL	Real Decreto Legislativo
RPT	Relación de Puestos de Trabajo
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TARC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TREBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRLRHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea

1. Problemática y singularidades del sector público local en la reordenación de su sector público o en la reversión de servicios públicos concesionados

1.1. Los procesos de reestructuración del sector público estatal y autonómico: problemas planteados en materia de personal

Comencemos por dejar sentado que la legislación española no ha resuelto definitivamente y de forma satisfactoria cómo hacer compatible el principio de estabilidad en el empleo del personal fijo en los procesos de reversión de servicios públicos previamente externalizados con los principios, de sobra conocidos, de acceso al empleo público y los límites que, a este respecto, presentan los instrumentos de ordenación del empleo público. Como es sabido, ambos grupos de principios están protegidos por la Constitución.

Hasta ahora, los vacíos se han salvado mediante una jurisprudencia cambiante y, no está de más ponerlo de manifiesto, en ocasiones desconcertante e incluso contradictoria. Por decirlo de una vez, donde la relación laboral habría de ser calificada, en principio, como indefinida y fija, según lo establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), los requisitos constitucionales de acceso al empleo público dificultan este reconocimiento en condiciones idénticas y plenas. Este «choque» de ordenamientos, entre principios constitucionales derivados tanto del derecho administrativo como del derecho laboral, viene produciendo situaciones conflictivas, esencialmente en relación con la contratación temporal del personal.

No obstante, y con respecto a lo que ahora nos importa, ese conflicto se ha trasladado a los procesos de reversión y reordenación del sector público, dado que la jurisprudencia limita las situaciones en las que las cláusulas de subrogación en las relaciones laborales afectan a las administraciones (vía art. 44 del ET o vía convencional), y aun en esos supuestos, el incumplimiento de los requisitos de acceso al empleo público presenta una cierta problemática para su reconocimiento como personal laboral fijo, sin más apellidos.

Y es que, en aquellas situaciones en las que la Administración asume la subrogación de personal, resulta complejo determinar en qué condiciones ingresa ese personal a la Administración, ya que el acceso al empleo público debe cumplir con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que, en estos supuestos, no suelen estar presentes. Su régimen jurídico, según ha concluido alguna jurisprudencia, debería ser asimilado a la de personal indefinido no fijo, pero no a la de personal fijo, debiendo la Administración proceder a proveer dichas plazas a través de procedimientos de pública concurrencia. Bien es cierto que este no es un debate cerrado y que, como apuntaremos, en la actualidad se están abriendo camino otras opciones.

Las soluciones aportadas hasta ahora normativamente en estos procesos de reestructuración del sector público (repárese en que, como seguidamente expon-dremos, es precisa una norma de rango legal en determinados casos), lo han sido fundamentalmente en el ámbito estatal y autonómico. De esta forma, y junto a la anterior solución apuntada, dicho «vacío legal» se ha venido cubriendo a través de disposiciones legales que ofrecen distintas soluciones a la problemática planteada.

En efecto, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, al abordar los procesos de reordenación de distintos organismos públicos en el ámbito estatal,² o integra al personal en los nuevos organismos subrogándose en las relaciones laborales³ o, en aquellos supuestos en que ello no es posible por las razones apuntadas, transforma dichos empleos en plazas «a extinguir», lo cual ha facilitado esos procesos de integración al aportar una nota de estabilidad en la relación laboral que mantienen con la Administración u otro ente del sector público mientras no se produzca su baja por cualquier circunstancia (jubilación, despido disciplinario u objetivo, fallecimiento, etc.), supuesto en que dicha plaza se amortiza. Lo más relevante, en todo caso, es que mediante dicha calificación se excluye su convocatoria pública, con lo que se altera la eventual precariedad que podría derivar de la figura del indefinido no fijo.⁴

1. Un riguroso análisis de estos procesos puede encontrarse en MONTROYA MARTIN, E., «Reestructuración de la administración instrumental y de estructuras asociativas: lecciones aprendidas y estrategias», en CASTILLO BLANCO, F. A. (dir.), *La reforma del Sector Público*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014, pp. 107 y ss.

2. La ley afecta a diferentes ámbitos: defensa, cultura, internacionalización de la economía española, vivienda o educación, etc.

3. Así lo hace la norma, a título de ejemplo, con el personal del suprimido organismo autónomo Consejo de la Juventud de España, que se integra en el Instituto de la Juventud (Disposición adicional primera).

4. En efecto, la citada norma, en su artículo 3, al referirse a la situación del personal, establece respecto de la Obra Pía de los Santos Lugares, que:

«El actual personal propio contratado en régimen de derecho laboral por la Obra Pía de los Santos Lugares tendrá la consideración de “a extinguir”, amortizándose los puestos de trabajo que actualmente ocupa el mismo cuando queden vacantes por fallecimiento, jubilación o cualquier otra causa legal, y se podrán dar de alta, en su caso, en la misma condición de personal laboral, siempre que sea necesario para garantizar la continuidad del ejercicio de las funciones que vienen desarrollándose a través de los mismos y como personal del ámbito del Convenio Colectivo único de la Administración General del Estado».

La cualidad de «a extinguir» resulta clave, ya que, de hecho, se equipara la situación del personal indefinido no fijo al fijo –no hay convocatoria de plaza alguna–, por lo que resulta dicha previsión en las transferencias de personal un notable refuerzo en la garantía de estabilidad en el empleo de las personas afectadas por estos procesos de reordenación del sector público.

Pero, asimismo, la norma prevé legalmente, de forma expresa, la subrogación en las relaciones laborales mantenidas por el personal de fundaciones que se integran en otros organismos públicos.⁵ Hay que poner de relieve que la norma, a propósito de algún supuesto concreto, le niega la condición de empleado público, haciéndose eco, parece ser, de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo a propósito de la reestructuración del sector público andaluz.⁶ Más adelante volveremos sobre este punto de enorme importancia para determinar la solución que deba adoptarse tras las últimas novedades legislativas traídas de la mano de la legislación presupuestaria correspondiente a 2017.

Por su parte, y en el ámbito autonómico, también se han llevado adelante procesos de reconversión del sector público no carentes de controversia. Entre otros supuestos, pueden citarse la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía;⁷ asimismo, la Ley 11/2011, de 29 de diciembre, de Reestructuración del Sector Público de Cataluña o, por poner un último ejemplo, la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de la Generalitat Valenciana, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional.

En todos estos supuestos, pero muy singularmente en el caso catalán, se contemplan previsiones específicas respecto del personal de las entidades o sociedades que se suprimen.⁸

5. De esta forma, el artículo 4 de la norma, respecto de la integración de fundaciones en organismos públicos dispone, con carácter general, que:

«La integración no podrá ser entendida como causa de modificación o de resolución de las relaciones jurídicas que mantengan las fundaciones citadas, quedando los organismos públicos subrogados en las citadas relaciones jurídicas».

6. En este sentido, el artículo 5 prevé que:

«El personal de la Fundación Universidad.es se incorporará, dependiendo de sus funciones, en el Organismo Autónomo Programas Educativos Europeos o en el Organismo Autónomo Universidad Internacional Menéndez Pelayo desde el momento de su extinción, con la misma situación, antigüedad y grado que, en su caso, tuvieran, subrogándose el Organismo correspondiente en los contratos de trabajo concertados con personal sujeto a contrato laboral.

En todo caso, la incorporación del personal procedente de la fundación se realizará, en su momento, con la condición de “a extinguir” y sin que, en ningún caso, este personal adquiera la condición de empleado público.

Únicamente podrá adquirir la condición de empleado público mediante la superación de las pruebas selectivas que, en su caso, se puedan convocar por la Administración pública a la que se incorpora, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público».

Similar previsión tiene, con respecto a la creación de la ANECA, el artículo 8 de la ley con respecto al personal de la Fundación Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o con respecto a la transferencia de una rama de actividad de la Sociedad Estatal España, Expansión Exterior S. A. a la entidad pública empresarial ICEX España Exportación e Inversiones (ICEX) en el artículo 9.

7. En este supuesto, previendo la remisión a normas reglamentarias para la regulación de las medidas en materia de personal (entre otros, el art. 1.2, apartado nueve). De esta forma, en los decretos de constitución de las nuevas agencias que se crean al amparo de la ley se contempla la integración del personal laboral que trabajaba en los organismos que se suprimían o eran absorbidos. El TSJA, en un primer momento, dio la razón a las asociaciones de funcionarios y paralizó o bien directamente los decretos de las agencias o bien específicamente los protocolos de integración del personal laboral. Los argumentos judiciales que dieron la razón a las asociaciones denunciadas eran que el régimen de integración de estas entidades no respetaba «los principios básicos de acceso a la función pública de igualdad, mérito, capacidad y publicidad». Con posterioridad, y recurridas dichas sentencias por la Junta de Andalucía, el TS modificó dicha consideración inicial. Las sentencias, y por todas puede verse la STS, Social, de 30 de diciembre de 2013 (Rec. 3633/2012), vuelven a incidir en que el personal integrado en esta agencia ya tenía la condición de empleado al servicio de la Administración y que, por consiguiente, el proceso de reordenación del sector público no cambia su estatus jurídico, que no se suscitan dudas de constitucionalidad respecto de la citada Ley 1/2011 y que el proceso de integración no lesiona el principio de igualdad ni los derechos de promoción profesional de los recurrentes.

Mantiene también el Supremo que el personal integrado solo podrá acceder a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía participando en los respectivos procesos selectivos.

8. En efecto, el Decreto Ley 4/2010, de 3 de agosto, de Medidas de Racionalización y Simplificación de la Estructura del Sector Público de la Generalidad de Cataluña prevé distintas medidas. Así, por ejemplo, se contempla en la disposición adicional primera

1.2. El caso local: «vacíos normativos» y la necesaria y aconsejable regulación de los efectos en materia de personal como consecuencia de las reestructuraciones del sector público

Como hemos advertido, estos procesos, por las consecuencias jurídicas que comportan, aconsejan que haya una norma con rango de ley, más allá de las previsiones establecidas en la legislación laboral, que tase las circunstancias o casos en los que se pueden aplicar dichas integraciones mediante la subrogación en las relaciones laborales o a través de esas declaraciones de «a extinguir». Las singularidades que presenta la integración de personal en el sector público así lo aconsejan. Pero, como resulta obvio, al menos hasta ahora no se había realizado previsión específica alguna sobre estos aspectos en el caso del sector público local, toda vez que ni la legislación previa a la reforma de 2013, y ni siquiera la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), abordaron dicha problemática.

En efecto, la LRSAL previó la asunción de determinadas competencias municipales y provinciales por parte de las comunidades autónomas, así como la asunción de la prestación de servicios municipales por parte de las diputaciones provinciales o la gestión compartida de los mismos,⁹ pero habiendo dispuesto dichas medidas no recogió, sin embargo, ni una sola regla específica sobre traspasos de personal y las consecuencias que, a este respecto, pudieran tener esas previsiones normativas.

Los primeros borradores del anteproyecto de ley sí que preveían este tipo de medidas e incluso algún tipo de regulación sobre los traspasos de personal, pero paradójicamente la LRSAL, en la versión definitivamente aprobada, no se pro-

que, disueltas las sociedades mercantiles Viatges de Muntanya, S. A., y Remodelacions Urbanes, S. A., el patrimonio y la estructura necesaria de las entidades disueltas se deben integrar en las entidades que pasan a ejercer sus funciones, las cuales se subrogan en su posición jurídica. Asimismo, se prevé en la disposición adicional tercera para Ferrocarrils que la nueva sociedad debe asumir el objeto y las funciones que desarrolla Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya y se debe subrogar en todos los derechos y las obligaciones de carácter económico, contractual y laboral contraídos por Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya. Incluso, de forma más contundente, la disposición adicional cuarta, apartado 2, prevé de forma expresa que: «El personal laboral que, en el momento de entrada en funcionamiento de la Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud, preste servicios en el Instituto de Estudios de la Salud y en la Agencia de Información, Evaluación y Calidad en Salud, o el personal de estas entidades que tenga suspendida su relación jurídica laboral queda integrado en el ente público que se crea, el cual se subroga de manera expresa respecto a las relaciones contractuales de carácter laboral de este personal, con el mecanismo de sucesión de empresa previsto en el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores.

El personal funcionario que, en el momento de entrada en funcionamiento de la Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud, preste servicios en las entidades que se extinguen, puede ser integrado en el ente público que se crea manteniendo su condición de funcionario o funcionaria público. En este caso se rige por las disposiciones que le son aplicables atendiendo la procedencia y la naturaleza de la relación de ocupación».

9. La reforma del sistema competencial municipal pasaba, según se desprende del texto, por tres ideas fundamentales: en primer lugar, por eliminar o reducir algunas competencias municipales, fundamentalmente sobre salud, asistencia social y educación (nuevo art. 25.2, DDTT 1.º a 3.º LRSAL); en segundo término, por suprimir la competencia complementaria general de los municipios (del actual art. 28 LBRL); y, por último, por prever la coordinación de los más relevantes servicios obligatorios de los municipios de menos de 20.000 habitantes pasando de la centralidad de la autonomía municipal a la centralidad de la autonomía provincial en el mundo rural, aunque, como ya hemos apuntado, más que como agrupación de municipios, como división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado y, en este caso, al servicio de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera.

Las SSTC 41/2016, de 3 de marzo de 2016, 111/2016, de 9 de junio de 2016, 168/2016, de 6 de octubre de 2016, entre otras, han desactivado en gran medida los objetivos pretendidos.

nunció sobre estos aspectos, lo que está planteando ciertos problemas en la actualidad como consecuencia de la puesta en marcha de procesos de reinternalización de servicios.

Los supuestos, como decimos, que contemplaba la LRSAL eran numerosos, y precisamente por esta razón sorprende que una de las cuestiones más problemáticas, que a menudo resulta ser la del personal afectado, no haya encontrado ningún tipo de amparo en el texto normativo finalmente aprobado,¹⁰ a saber:

a) Supuestos de redimensionamiento internos o producto de la colaboración interadministrativa.

— Celebración de acuerdos de delegación (art. 27.1 LBRL) o acuerdos de colaboración (art. 57 LBRL) o que finalice la vigencia o quede sin efecto un convenio de colaboración que posibilitaba la prestación de un servicio (disposición adicional novena LRSAL).

— Medidas de «redimensionamiento del sector público local» que pueden ser determinantes para la disolución y liquidación de las entidades y sociedades afectadas por la misma (disposición adicional novena LBRL).

b) Supuestos de fusión, absorción o supresión de entidades locales.

— Fusión de municipios (nuevo art. 13.4 a) LBRL).

— Supresión de mancomunidades (disposición transitoria undécima LRSAL).

— Supresión de entidades de ámbito territorial inferior al municipio (disposición transitoria cuarta LRSAL).

c) Nuevas formas de prestación de los servicios públicos o transferencia a otras administraciones públicas de la competencia para prestarlos.

— Gestión integrada en las diputaciones provinciales de los servicios municipales (art. 26.2 LBRL).

— Asunción de aquellos por parte de la comunidad autónoma, como acontece con la educación (disposición adicional decimoquinta LRSAL), la salud (disposición transitoria primera LRSAL), los servicios sociales (disposición transitoria segunda LRSAL) o los servicios de inspección sanitaria (disposición transitoria tercera LRSAL).

— Asunción directa, mediante la denominada (re)municipalización, de la gestión de los servicios públicos.

Parecería obvio que, en cualquiera de los supuestos mencionados, habría personal afectado, ya fuere porque se suprimían los entes en los que se prestaba servicios, ya se trate de que se transfería a otra Administración la competencia en una determinada materia o ya se tratase, en fin, de que se prestan los servicios públi-

10. De la misma opinión se muestran DIEZ QUESADA, A. y GONZÁLEZ-HABA GUIASADO, 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).

cos mediante otras fórmulas de gestión de servicios alternativas a la gestión externalizada de estos.

Sin embargo, nada se dijo sobre cómo se debía proceder ni en qué condiciones quedaría el personal afectado, y nuestra legislación de empleo público, dictada en tiempos de bonanza, tampoco ofrecía soluciones precisas. Bien es cierto que, en algunos casos, y solo algunos (educación, sanidad, servicios sociales, etc.), y previendo la norma una intervención de la comunidad autónoma, previa evaluación de los servicios, parece que el legislador estatal remitió a estas la determinación de las medidas a adoptar. De esta forma, las comunidades autónomas optaron por realizar cambios negociados con las entidades locales afectadas como prevé expresamente la Ley de Galicia 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local,¹¹ o remitiendo a lo que se estableciera reglamentariamente en el momento del traspaso de los servicios (Decreto Ley 1/2014, de 27 de marzo, de Castilla y León, de Garantía y Continuidad de los Servicios Sociales).¹²

Parece obvio que la solución dependería de la causa que motivaba en última instancia el supuesto concreto de reordenación, y así, a título de ejemplo, no será idéntica la solución en los casos de supresión de un servicio público que aquellas que puedan adoptarse en la transferencia del mismo a otra Administración pública. Asimismo, deberá tenerse en cuenta el régimen jurídico del personal, funcionario o laboral, que preste sus servicios en la unidad o centro de trabajo afectado. Y, asimismo, dentro de estos, si se trata de personal temporal y de la causa que motivó el contrato o nombramiento interino.

De esta forma, y en ausencia de una norma específica, a salvo de los supuestos mencionados con anterioridad, en los que serían las normas autonómicas las que deberían enfrentar dicha cuestión, el resto debería resolverse con los insuficientes mecanismos de que se disponían en esos momentos y, en buena medida, en la actualidad. En el caso del personal funcionario, o bien declarándolos

11. De esta forma, el artículo 12, bajo la denominación «Coordinación y colaboración entre la Administración autonómica y la local», establece que: «Deberá establecerse un marco de coordinación y colaboración efectiva entre la Administración autonómica y la local de cara a la prestación y mantenimiento de los servicios frente a la ciudadanía, debiendo promover su mejora y garantizar su prestación efectiva y promoviendo el trabajo en común para la solución de aquellos problemas que pudieran presentarse más allá del concreto reparto competencial en los distintos sectores de la acción pública».

12. En ese sentido, el artículo 5 de dicho decreto ley señala que el traspaso de medios económicos, materiales y personales vinculados a las previsiones contenidas en la disposición adicional decimoquinta y en las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, se articulará conforme a los criterios que determine reglamentariamente la Junta de Castilla y León en el marco de la normativa básica y de lo que dispongan las normas reguladoras del sistema de financiación de las comunidades autónomas y de las haciendas locales.

Casi idéntica determinación se contiene en el artículo 8 del Decreto Ley 1/2014, de 27 de junio, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

Más recientemente, la Ley 8/2015, de 2 de diciembre, de medidas para la garantía y continuidad en Castilla-La Mancha de los servicios públicos como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, remite a normas reglamentarias del Consejo de Gobierno aprobar la asunción de la titularidad de estas competencias, así como las condiciones para el traspaso de los correspondientes medios económicos, materiales y personales.

en la situación administrativa que corresponda o mediante la sucesión universal en los derechos y obligaciones del ente que asume el servicio (a esos efectos, el propio RSCL, en su artículo 88.2, contempla una previsión específica que en la actualidad ha de ser complementada con lo dispuesto en la disposición adicional vigesimosexta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017) y, en el caso del personal interino, en aquellos supuestos en que no quede integrado, su cese por desaparición de la causa que provocó dicho nombramiento. En el caso del personal laboral, las soluciones vendrán de la mano de la aplicación, cuando proceda, del mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 ET o, en los casos más problemáticos, mediante la extinción de los contratos de trabajo vía artículo 51 y 52 del ET y su específico desarrollo reglamentario en la Administración pública o, en el caso de contratos temporales, de nuevo su cese por extinción de la causa que motivó el contrato.¹³

En cualquier caso, y en mi opinión, si no se optó por una regulación normativa con carácter general, se deberían haber previsto en el sector público local mecanismos específicos que establecieran los cauces, requisitos y límites para la integración del personal. Lo cierto es que, sin embargo, tanto el Estado como las CCAA, según lo expuesto, sí que han tenido en cuenta en su esfera organizativa previsiones específicas sobre la materia cuando han acometido los procesos de reestructuración de su sector público a los que antes nos referíamos.

Finalmente, como expondremos a lo largo de estas páginas, ha sido la jurisprudencia, y más recientemente una actuación puntual del legislador presupuestario con carácter básico (bien es cierto que una vez que se ha acometido la reestructuración en el ámbito estatal y autonómico), la que ha dado al menos una respuesta, ya veremos si acertada, a los procesos que son objeto del presente estudio.

13. Una aproximación a las medidas que pueden adoptarse puede verse en el trabajo 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*, núm. 28, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2012, y en PALOMAR OLMEDA, A., «La planificación del empleo público y su ejecución: las medidas de redimensionamiento en el ámbito de las Administraciones Públicas», en FUENTETAJA PASTOR, J. (dir.), *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*, Cizur Menor, Navarra: Thomson-Reuter Aranzadi, 2014, pp. 223 y ss.

2. La remunicipalización de servicios públicos: contexto, causas y factores

2.1. Introducción: contexto de los procesos de reinternalización de servicios públicos¹⁴

Cabe comenzar señalando que, como es conocido, y si realizamos una rápida mirada a la historia, en el siglo XIX fueron empresarios privados los que prestaron la mayoría de los servicios públicos que hoy conocemos como tales y que precisamente se encuentran en el punto de mira en estos momentos para ser, en la terminología al uso, «remunicipalizados» (agua, residuos, transporte, etc.).¹⁵ Y fue, precisamente, la baja calidad con que se prestaban lo que motivó que de manera progresiva fueran los municipios lo que se hicieran cargo de su gestión en prácticamente toda Europa. Esa decisión de asumir la prestación por parte de los municipios no ocurrió por casualidad. De forma general, ese modelo dio lugar a una proliferación de monopolios privados en la prestación de esos servicios, en la mayor parte de los casos no regulados, que por lo general operaban en centros urbanos con una universalización del principio de exclusión, de tal forma que esos servicios se prestaban casi exclusivamente para quienes pudieran sufragarlos. No hay que olvidar que, además, la prestación de los mismos no tenía en cuenta las implicaciones ambientales de dicha prestación (a título de ejemplo, el interés de dichos empresarios en el caso del agua se centraba en el abastecimiento, pero no en el saneamiento o la gestión ambiental).

En España aconteció también un fenómeno similar, de modo que, desde finales del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, aparecerán sociedades mer-

14. RAMÍO, C., «Los referentes internacionales en los procesos de externalización de servicios», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 77, p. 207, ha puesto de manifiesto la evolución en las formas de prestación de los servicios públicos.

15. La terminología utilizada no es neutral y puede llevar a equívocos. TORNOS MAS, J., «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43 (2017), lo ha puesto de manifiesto indicando que remunicipalizar supone la existencia de un servicio local previamente municipalizado. Remunicipalizar no supone, por tanto, crear un nuevo servicio público, ni evitar la privatización –en el sentido de devolver esta actividad a un régimen de mercado– de un determinado servicio público. En definitiva, y como sugiere dicho autor, de lo que estamos hablando en realidad es de reinternalizar un servicio público que, hasta ese momento, se prestaba mediante fórmulas indirectas de gestión.

cantiles constituidas por los ayuntamientos para la prestación de servicios públicos. El Estatuto Municipal de Calvo-Sotelo, aprobado por Real Decreto Ley de 8 de marzo de 1924, dará carta de naturaleza a la fórmula, y esa misma fórmula será impulsada poco después a nivel estatal por Primo de Rivera (Real Decreto de 28 de junio de 1927), mediante la constitución de empresas de tanto relieve económico como la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos Sociedad Anónima o la Compañía Telefónica Nacional de España Sociedad Anónima.

Tras la Segunda Guerra Mundial, con la aparición del paradigma del Estado social y su correlato de garantizar la prestación de un mayor número de servicios públicos y realizar diversas actividades económicas, servicios que hasta ese momento se llevaban a cabo a través de fórmulas concesionales fueron asumidos por la Administración, en muchos casos mediante su reversión anticipada. De ahí, precisamente, las previsiones que para la «municipalización» de servicios públicos contemplara nuestro ya vetusto pero todavía vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Pero es preciso poner de relieve que esa transformación del papel del Estado en la sociedad, y consecuentemente de la Administración como principal actora de aquel, determinó un importante crecimiento de los recursos (humanos, financieros, materiales, etc.) al servicio del sector público;¹⁶ asignación creciente de recursos que, sin embargo, años más tarde fue reiteradamente acusado de ineficiente y, en cierto sentido, de anestesiante de la iniciativa y el progreso de la sociedad.¹⁷ La consecuencia fue, finalmente, que la denominada «crisis fiscal» del Estado aconsejó una cierta revisión del paradigma del crecimiento continuo e ilimitado de este.¹⁸

De esta forma, a partir de ese momento se incrementaron las voces que reclamaban un cambio en las formas y en los medios para gestionar el sector público. Se hizo presente la idea que aconsejaba la necesidad de un sector público que racionalizase sus recursos y que optimizara sus resultados a fin de constituirse, más que en una rémora, en esa infraestructura imprescindible que proporcionase credibilidad y seguridad en el cumplimiento de sus compromisos de servicio a la

16. Así, entre 1960 y 1982, el porcentaje de los gastos públicos en el PIB aumentó más de veinte puntos en el conjunto de los países de la OCDE. En 1982, la proporción oscilaba entre un 34 % en Japón y un 67 % en Suecia. En España se situaba en torno al 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, advierte del peligro de convertir la idea del Estado social en un Estado asistencial. En este sentido argumenta que «[...] los valores que proclama la Constitución de libertad, justicia, igualdad, no solo formal, los derechos y deberes que consagra, y las directrices de la política económica y social, marcan unos objetivos claros que vinculan a los poderes públicos, aun cuando la vinculación a los fines sea compatible con el pluralismo político y la elección de diversos medios para llevarlos a cabo. Por ello, el Estado social no puede llegar a confundirse con un Estado asistencial cuyo objetivo sustancial sea atender a los que quedan marginados por efecto del libre juego social; por el contrario, el fin último es conseguir que esa marginación no se produzca, lo que no impide, obviamente, que en la medida en que tal fin no se alcance los poderes públicos hayan de llevar a cabo una efectiva labor de asistencia social [...]».

18. Es evidente que el proceso privatizador emprendido en multitud de Estados respondió a razones económicas tales como la reducción del peso del sector público, el estímulo del sector privado y el aumento de la eficacia en la gestión. Con relación a este aspecto puede consultarse CUERVO, A. y FERNÁNDEZ, Z., «Una nueva estrategia para el sector público. La privatización», *Economistas*, 1986, núm. 19, pp. 17-22.

sociedad en su conjunto y a cada uno de los ciudadanos, para mantener la capacidad de supervivencia y competitividad del país en un mundo cada vez más globalizado e interdependiente que empezaba a hacerse presente.¹⁹

De esta forma, y sin perjuicio de sus facultades de intervención y de conservar su necesaria importancia, el sector público se tuvo que replugar en esos momentos, abandonar un papel protagónico en el escenario industrial y comercial, y dar paso a la privatización, la desregulación y la autorregulación regulada, así como a la liberalización de sectores estratégicos en nuestra economía. Y con ello, asimismo, hubo de repensarse el propio ordenamiento regulador de la acción del Estado, que también debió enfrentarse a relevantes transformaciones.²⁰ Comenzamos a transitar, en ese momento, de un Estado prestador a un Estado garante.²¹

Ese conjunto de reflexiones alentó, en buena medida, procesos de externalización de servicios que partían de distintas consideraciones. Así, junto a unos fundamentos económicos (crisis financiera y crecimiento del déficit público) y políticos (ascenso del neoliberalismo en diversos países), la globalización de los mercados a nivel internacional obligaba a establecer una competencia lícita, aunque nueva, entre Estados, territorios, ciudades, etc., que abocaban a cada uno de los anteriores órdenes territoriales a disponer de un sector público dinámico y eficiente que, en vez de restar posibilidades a la inversión y al crecimiento de la sociedad civil, coadyuvasen activa y eficientemente a su articulación.

De esta forma, desde la década de los años ochenta la ideología neoliberal, y basándose precisamente en esa supuesta ineficiencia de la gestión pública de los servicios, impulsará en nuestro país procesos de privatización y externalización de estos. Y la realidad es que dicho fenómeno, lejos de ser privativo de nuestro país, fue también un hecho común en todos los países de nuestro entorno. Países como Francia, Italia, Reino Unido y Alemania fueron claros ejemplos de iniciativas tendentes a reformar el sector público en el sentido expresado. En efecto, e inclusive con independencia de la ideología política mantenida, se empieza a admitir la privatización, en sus variadas formas, como un modelo deseable de gestión y, en el

19. En efecto, los gobiernos occidentales han reconocido el especial vínculo que existe entre el sector público y la economía nacional. Puede verse, a este respecto, el informe «Public Management Development Survey» 1990, París, OCDE. Como conclusión de este, puede afirmarse que la competitividad de la economía depende en gran medida de la eficacia de la Administración pública.

20. Muy clarificador resulta leer el diagnóstico de la situación que puede encontrarse en el magnífico volumen de PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y Renovación del Derecho Público*, Madrid: Edit. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 17 y ss., en el que el autor expone la necesidad de hacer un replanteamiento del derecho administrativo ya que «las nuevas exigencias a las que se enfrenta el Estado globalmente considerado trascienden preferentemente a la Administración como instrumento primario de este en la acción de configuración e integración sociales. Desde este punto de vista, constituye ya una tópica comprobación destacada recientemente por H. FABER, el progresivo vencimiento de la acción administrativa –en detrimento no ya solo de la acción autoritaria y coactiva, sino también de la prestacional consensuada– del lado de la planificación, la previsión, la organización, la coordinación y la ponderación, priorización y armonización de necesidades, intereses y objetivos, en una evolución que tiende a hacer de las Administración la infraestructura garantizadora de la vida social, con paralela pérdida de importancia relativa de las aludidas intervenciones de corte más tradicional en la actividad de los ciudadanos. Semejante cambio en la economía interna de las formas de la acción administrativa no es sino consecuencia lógica de la transformación experimentada por las funciones y tareas, así como las estructuras del sector público».

21. Son muy relevantes las aportaciones que, a este respecto, ha realizado ESTEVE PARDO, J., *Estado Garante. Idea y realidad*, Madrid: INAP, 2015.

contexto general, fueron pocos los países que no tuvieron entre sus objetivos una reducción del aparato estatal mediante su transferencia al sector privado o, alternativamente, una mejora de la gestión de los servicios públicos mediante la utilización del derecho privado y de las técnicas de gestión propias del sector empresarial privado.²² Aunque no debe olvidarse que la externalización también podía encubrir un problema de infrautilización de los recursos humanos propios en tales administraciones, pues si se externalizó, pero no se redimensionó y se reorganizó la Administración pública correspondiente, sin duda la eficiencia, en términos de gasto público, se vería comprometida en dichos procesos de externalización mediante gestión indirecta de los servicios públicos.

En definitiva, la idea que subyacía al fenómeno privatizador era que la única forma de hacer más eficiente a la Administración requería dotarla de un componente empresarial y, por tanto, gestionarla como una empresa privada, aunque modulada por su naturaleza pública. En concreto, METCALFE y RICHARDS contemplaban cinco iniciativas dirigidas a dotar a la gestión pública de una mayor eficiencia: 1) mejora de la contabilidad pública, 2) cobrar por la provisión de servicios comunes dentro de la Administración, 3) cobrar por los servicios prestados a clientes externos, 4) contratar al exterior la provisión de servicios y, 5) contratar servicios de gestión.²³

En los años noventa, por tanto, y como consecuencia de las reflexiones anteriores, todos los gobiernos, de uno y otro signo, favorecieron, en mayor o en menor medida, la privatización, especialmente en lo que se refiere a la externalización de la gestión de servicios públicos mediante contratos y concesiones con empresarios privados. Las justificaciones se basaron en lo esencial, como ya se ha apuntado, en paradigmas como la reducción del gasto público y la búsqueda de una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos, sin olvidar tampoco, como se ha señalado, el predominio de una ideología neoliberal que buscaba en la célebre expresión de algún líder político de entonces hacer «retroceder las fronteras del Estado» y, consiguientemente, reducir el tamaño del sector público. La externalización de servicios públicos, por otro lado, tuvo consecuencias relevantes en lo laboral, en términos de estabilidad en el empleo, pero no se puede olvidar que, además, también tuvo su influencia en términos de poder sindical.

Y estábamos en este punto cuando de nuevo el debate que es objeto de este estudio nos devuelve al principio. En efecto, en la actualidad, en sentido inverso, y precisamente en el marco de procesos de reestructuración del sector público en los países de sur de Europa en los que había sido un eje esencial la privatización y externalización de actividades y servicios, se está iniciando una cierta tendencia a

22. METCALFE, L. y RICHARDS, S., *La modernización de la gestión pública*, Madrid: INAP, 1989, p. 231, opinaban que bajo el concepto de privatización se comprenden temas diversos, como la desreglamentación, cobrar por los servicios públicos, contratar en el exterior, adoptar métodos comerciales en la Administración pública y transferir la propiedad del sector público al sector privado.

23. METCALFE, L. y RICHARDS, S., *op. cit.*, pp. 232 y ss.

revertir a la gestión pública directa algunos servicios otrora externalizados y cuyos resultados han sido, sin duda, y en más de un supuesto, claramente discutibles.

Debemos, sin embargo, preguntarnos si en realidad se está produciendo el debate que es necesario en torno a la gestión óptima de determinados servicios o si, alternativamente, de nuevo nos vemos sumidos en una nueva ola sin la precisa reflexión. A ello dedicaremos las siguientes líneas.

2.2. Las causas y factores que impulsan una vuelta a lo público: especial referencia a los factores a considerar para externalizar o reinternalizar servicios públicos

Las causas que impulsan en la actualidad la vuelta a lo público han sido objeto de reflexión por la doctrina²⁴ y, asimismo, tampoco se pueden desdeñar informes relevantes que han puesto en «jaque» la supuesta mayor eficiencia del sector privado en la gestión de los servicios públicos locales. En este sentido, los estudios desarrollados por diversas instituciones, incluido el Tribunal de Cuentas en su Informe sobre la Fiscalización del Sector Público Local del ejercicio de 2011, destacaban el mayor coste público de los servicios privatizados y, lo que resultaba más grave aún, el deterioro en la calidad de los servicios externalizados.²⁵

24. WOLLMANN, H., «La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 31, febrero de 2013, pp. 70-80, expone las siguientes razones que avalarían dicha idea:

a) *La convicción de que el sector público/municipal tiene una capacidad de gestión superior o al menos igual a la del sector privado.* En opinión de este autor, en la percepción y en la experiencia práctica de muchos actores políticos y administrativos locales, ahora se está discutiendo la concepción neoliberal, y ya no se da por descontada la convicción de la superioridad del sector privado para garantizar servicios de buena calidad a un precio asequible. Cita como ejemplo un análisis realizado en nombre del Banco Mundial sobre la gestión del agua en muchos países, y llega a la conclusión de que «no hay ninguna diferencia estadísticamente significativa entre los proveedores públicos y privados con respecto a su eficiencia económica» (World Bank, 2004).

b) *La preferencia «ética» y de valores otorgada por los ciudadanos/usuarios a la gestión pública.* En opinión de dicho autor, el reciente aumento de la preferencia por el sector público como proveedor de servicios se refleja también en la apreciación de los ciudadanos/clientes, es decir, en los valores compartidos en la llamada cultura política.

c) *Guía y control del Gobierno local sobre la gestión de los servicios públicos.*

En la gestión de los servicios públicos, los entes locales y las empresas locales están obligados a cumplir, en cualquier caso, requisitos distintos.

Explica, en este sentido, que por una parte están expuestos a la competencia del mercado y deben adaptarse a su lógica económica, teniendo como objetivo la eficiencia económica. De hecho, obligados a jugar con las reglas «del mercado», los municipios y sus sociedades (*Stadtwerke*, *municipalizzate*) parecen haber aprendido a «jugar», por ejemplo, reclutando y adiestrando a personal suficientemente cualificado, incluso con habilidades empresariales. Por otra parte, los municipios, sobre todo el Gobierno municipal, como órgano electo y representativo, debe y puede imponer también fines políticos, logrando objetivos sociales y ecológicos en beneficio de la «comunidad local» que representan y que gobiernan. Esta finalidad puede lograrse también con el sistema de «financiación transversal», es decir, manteniendo un servicio local en déficit, o menos rentable, utilizando el mayor beneficio de otro servicio.

Por el contrario, una empresa privada que gestiona un servicio público está orientada únicamente a la lógica puramente económica, tal vez «externalizando» los costes sociales y ecológicos.

La gestión pública, en cambio, debe y puede combinar las dos lógicas: la económica y la social, ecológica, etc.

d) *Reducción de la presión de la Unión Europea sobre la gestión de los servicios públicos.*

Y es que, como argumenta el autor, si en un primer momento la Unión Europea impulsó fuertemente la liberalización y privatización de los «servicios de interés económico general» (*services of general economic interest*), en el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007 este impulso se redujo mucho. De hecho, en el protocolo adjunto, el rol de las autoridades nacionales, regionales y locales fue especialmente acentuado, reconociendo a las mismas «un amplio margen de discrecionalidad» para decidir «cómo los servicios de interés económico general pueden hacerse disponibles y licitados, y organizarse de manera que respondan mejor a las necesidades de los clientes/usuarios».

25. TORNOS MAS, J., «La remunicipalización...», *op. cit.*, pp. 32 y ss., se hace eco de distintos informes, como el «Informe PSIRU» de la Universidad de Greenwich, «Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización», de 16 de mayo de

Sí debe subrayarse que, entre otros factores, y en el caso de nuestro país en concreto, este proceso de vuelta a lo público ha sido una consecuencia directa de la necesidad de contención y reducción del gasto público vivido en los años pasados, tratando de reducir los costes de los servicios, aunque en otros, y sobre todo tras los resultados de los últimos comicios electorales en el sector local, de la voluntad de recuperar la dirección, control y gestión de servicios públicos externalizados. Lo cierto, sin embargo, es que el proceso no es privativo de España, y ciudades europeas como París, Montpellier, Grenoble, Burdeos, Berlín, Stuttgart, Génova o Budapest también han iniciado procesos similares.²⁶

De esta forma, se ha ido abriendo paso la idea de recuperar los servicios externalizados con un conjunto de argumentos que van desde la mejora de las prestaciones ofrecidas a los ciudadanos a la necesidad de unir a los objetivos económicos otros sociales o ecológicos mejor preservados desde lo público.²⁷ Argumentos socioeconómicos, sí, pero también, como vemos, de carácter político-ideológico. En cualquier caso, estimo que la generalización de esos argumentos, que por supuesto pueden estar bien fundamentados en determinados casos, no nos puede llevar a pensar que en todos los servicios públicos en la actualidad externalizados, y en todos los municipios, esa será la mejor opción.

A título de ejemplo, en el supuesto de que los municipios se hayan mostrado ineficientes tan solo en lo que se refiere al control y dirección de las empresas privadas que prestaban dichos servicios cuando estaban externalizados, parece lógico pensar que hay que preguntarse si en el caso de que asuman la gestión directa integralmente, con la mayor problemática que comporta, van a ser más eficientes en su prestación.²⁸ Y es que ha de tenerse presente que, cuando se trata de ges-

2012, y el Informe de Pigeon Mc Donald, Haedemon y Kishimoto «Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas», publicado por el Transnacional Institute de Ámsterdam en marzo de 2015.

26. En torno a las distintas experiencias que han acontecido en esta materia cabe hacer referencia a ESTEVE PARDO, J. «El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, 2017 y, en el mismo número, el trabajo de FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., «Privatizaciones y remunicipalizaciones: experiencias en el Ayuntamiento de Sevilla». El primero concluye, en su página 11, que, a pesar del debate creciente en torno al tema, no se advierte un retorno generalizado a la gestión pública, y es que, como se mantendrá aquí, el autor señala que la opción por la gestión pública o privada no admite una posición *a priori*, sino que dependerá de un conjunto variado de circunstancias.

27. Partidario de las técnicas de «autoprovisión administrativa» frente a las técnicas de gestión externalizada, dada la madurez alcanzada en nuestro ordenamiento y distintas experiencias comparadas que expone, se muestra AMOEDO SOUTO, C. E., «La autoprovisión administrativa como alternativa a la externalización», en el volumen colectivo *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, FONT I LLOVET, T. y DIEZ SANCHEZ, J. J., (coords.), Madrid: Iustel / Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, pp. 117 y ss.

28. De sumo interés respecto de este punto es el libro TAMAMES, R. (coord.), *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Barcelona: Editorial Profit, 2017, para quienes, junto a poner de relieve un relato contextualizado de los procesos de remunicipalización, estiman que lejos del discurso populista que intentan imponer las nuevas autoridades municipales por el que tratan de convencer a los ciudadanos de que «lo público es siempre mejor», parece necesario cambiar el foco del debate desde estas posiciones ideológicas hacia planteamientos situados en la elección de una serie de modos o herramientas de intervención pública a la hora de prestar los servicios públicos, no en vano todo es cuestión de números, de evaluaciones y de mecanismos reguladores y de control. Hablamos de recogida de basuras, de limpieza viaria, de infraestructuras, de regulación del tráfico, de centros culturales y de mayores, de transporte, de vivienda [...] Todo un catálogo de prestaciones que podrían pasar a ser desempeñadas por funcionarios o trabajadores municipales. Las decisiones que se toman al respecto merecen un debate centrado en argumentos contrastables y en razones de eficacia y eficiencia de los modelos públicos y privados, y es importante reflexionar sobre si, en el caso de que los entes locales se hayan mostrado ineficientes en el control y dirección de los concesionarios, ¿serán más eficientes en la gestión directa de estos mismos servicios?

tionar al personal laboral que se incardina en dichos servicios, las prerrogativas organizativas y de dirección son similares sea cual sea la naturaleza jurídica de la empleadora, si salvamos algunos extremos en que las previsiones que impone el derecho público son de preferente aplicación. Si a los costes generalmente aceptados para determinar el coste del servicio se uniesen los costes de supervisión y control de las actividades públicas de gestión privatizada –y la calidad de los servicios que prestan–, tal vez el balance no sería tan nítido.

TORNOS, al respecto, estima que se debería evitar caer en planteamientos ideológicos, identificando la gestión pública con el único modo de defender los intereses generales y rechazando las formas de colaboración público-privada como fórmulas tendentes a beneficiar a determinadas empresas privadas. El debate, para este autor, y es opinión que compartimos, debe en realidad centrarse respecto de cada servicio, pues no hay una conclusión general válida para todos los supuestos de gestión externalizada ni para todas las administraciones para determinar qué modo de gestión es más eficaz.²⁹

Las propias medidas, contradictorias en este sentido, contenidas en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local impulsaban, por un lado, medidas que (como la reorganización de la planta local y de las competencias de las entidades locales, la reestructuración de los servicios públicos locales y del sector público local y de los organismos y entidades en los que estas participan), habrían impulsado profundos cambios en la organización y estructura de los servicios públicos y en el personal al servicio de estos.³⁰ Aunque, por otro lado, las reformas acontecidas privilegiaban en cierto modo la gestión indirecta.³¹ Bien es cierto que conviene advertir, sin embargo, que dada la relativa y prácticamente inaplicación de la misma en aquellos aspectos más controvertidos,³² el verdadero impacto de dicha norma ha sido de mucho menor calado que lo que hubiésemos

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

30. Y es que, derivado de dicha norma se podrían haber producido importantes efectos, a saber: supresión de entidades, entes, actividades o servicios que no fuesen competencia propia de los entes locales; fusión o integración de entidades, entes instrumentales o sociedades mercantiles; sustitución por otras administraciones en la titularidad de determinadas actividades o servicios; gestión directa de servicios procedentes de externalizaciones anteriores, etc.

Puede verse VELASCO CABALLERO, F., «Reforma de la Administración Local: una nueva distribución territorial de poder», en CASTILLO BLANCO, F. A. (dir.), *La reforma del sector público*, Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014, y 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», en 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*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

31. En el mismo sentido, ESTEVE PARDO, J., «El movimiento remunicipalizador...», *op. cit.*, p. 10, y 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. Recientemente, valorando el fracaso que ha supuesto la norma y proponiendo alternativas a las propuestas que plantea la misma, puede verse el trabajo 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), para quien: «Podemos, sin embargo, considerar que en todos y cada uno de los referidos ejes esenciales las orientaciones de la misma, casi tres años después de su aprobación, se han manifestado como fracasadas, bien por la incorrecta evaluación de la efectiva necesidad de una reforma en ese punto, bien por la incapacidad de la norma para impulsar cambios efectivos, bien por la patente equivocación en algunas de las finalidades perseguidas, que el tiempo ha puesto si cabe más de relieve».

podido pensar en el momento de su promulgación. En realidad dicho impacto ha sido más teórico que real, pues no habiéndose producido la anunciada reorganización competencial que dicha norma anunciaba, los resultados son, a salvo de las disfunciones en la estructura de los recursos humanos como consecuencia de las normas presupuestarias a la par dictadas, mucho más limitados que lo que podríamos haber pensado en el momento de su entrada en vigor.³³ En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN se mostraba escéptico sobre que se fuese a producir una verdadera reducción de efectivos en virtud de las medidas previstas.³⁴ El tiempo, al menos por ahora, ha venido a confirmar en gran medida su previsión.

Los cambios y los impactos más visibles, me refiero a los que han acontecido realmente en materia de recursos humanos en las entidades locales, han tenido en realidad como protagonista principal no esta norma, sino las limitaciones a la gestión de personal que las distintas normas presupuestarias han establecido, tanto en lo que se refiere a la reposición de efectivos y a las restricciones para contratar como a las limitaciones retributivas y al incremento del tiempo de trabajo que también se establecieron en su momento.³⁵

Lo cierto, sin embargo, es que los propios planes vigentes de reordenación del sector público y de estabilidad presupuestaria contemplan la posibilidad de modificación de la modalidad de gestión, incluyendo, entre otras medidas, la de recuperación de la gestión para garantizar el mantenimiento del servicio o actividad, sin poner en peligro la estabilidad de la Administración titular del servicio y siempre que se produzca un menor coste público. Y es que la reordenación económico-presupuestaria a que vienen obligadas las entidades locales está provocando una revisión no solo de sus estructuras o prestaciones (servicios públicos), sino también, en algunos casos, de los contratos existentes, como el de gestión de servicios públicos, imponiendo, vía modificación unilateral, una reducción del precio del contrato, u otras alteraciones de su estructura, por la propia insostenibilidad de su mantenimiento.

33. Ha de tenerse en cuenta, asimismo, la jurisprudencia constitucional ya recaída sobre esta, y que se plasma, en lo esencial y a la espera de nuevas resoluciones del TC, en las SSTC 41/2016, 111/2016, 168/2016 y 180/2016, tras las cuales los objetivos de la LRSAL en relación con la reordenación de competencias autonómicas sobre régimen local y a las limitaciones a la autonomía de los municipios han resultado, en buena medida, desactivadas.

34. SÁNCHEZ MORÓN, M., «El impacto de la reforma de la Administración Local en el empleo público», en *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. En torno a este punto, y para todos, puede verse mi trabajo «Sostenibilidad de la Economía Local: ¿estamos reordenando nuestra Administración y el empleo público para que sean competitivos y estratégicos para el desarrollo», en el volumen colectivo *Estudios jurídicos sobre economía urbana sostenible*, UIM, 2013, pp. 39 y ss. Más reciente puede consultarse SOSPEDRA NAVAS, F. J., «El empleo público local: las medidas de ajuste y racionalización derivadas de la crisis económica», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 36, Fundación Democracia y Gobierno Local (2014). Asimismo, 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?», y 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», ambos en CASTILLO BLANCO, F. A. (coord.), *La reforma del sector público*, Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014. De enorme interés resulta, asimismo, la consulta al blog *La mirada institucional* de Rafael Jiménez Asensio.

De esta forma, el propio modelo de Plan de Ajuste de la Orden HAP/537/2012 recoge medidas que podrían colocar a los ayuntamientos sujetos a estas no ya frente a la decisión de modificar un contrato en vigor, que también, sino de resolverlo, remunicipalizando con ello el servicio público si económica y financieramente es posible (medida 7).³⁶ En efecto, las medidas contempladas en el modelo de Plan de Ajuste de la Orden HAP/537/2012 prevén la prestación directa por personal municipal de un servicio que se venía realizando por una empresa, ya fuese mediante un contrato concesional (de obras o de servicios públicos) o de servicios (cuando el riesgo de la demanda no se traslada al contratista, art. 281.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP, e Informe JCCA 12/2010),³⁷ o cuando se decide modificar la organización municipal, de manera que desaparece alguna entidad instrumental creada para la gestión de un servicio.³⁸

En cualquier caso, en mi opinión, con independencia de los criterios de orden político o económicos derivados esencialmente de la situación de las haciendas locales, es preciso, a la hora de abordar un proceso de esta naturaleza, tener en cuenta distintos factores que orientarán la decisión a adoptar finalmente. TORNOS, en este sentido, ha sistematizado los factores que han de atenderse para tomar una decisión sobre la externalización o reinternalización de un servicio público, y ha destacado los siguientes: la diversidad de los servicios, el tamaño del municipio, la situación financiera del ente local, la relación concesional existente, los criterios jurídicos y el problema del personal.³⁹

Todos ellos, desde mi punto de vista, pueden ser reconducidos a tres grandes ámbitos de reflexión, amén de los que se derivarían desde la óptica de la competencia,⁴⁰ previos a la puesta en marcha de los mecanismos precisos para reinternalizar el servicio, a saber:

36. Y es que es preciso advertir que, inclusive en aquellos procesos de reversión al sector público de servicios previamente externalizados, y en el supuesto de que hubiesen operado los mecanismos de subrogación en las relaciones jurídicas laborales preexistentes, las consecuencias de la reversión de un servicio pueden ser, de forma inmediata, el incremento notorio del capítulo I del presupuesto municipal, lo que, en ciertos supuestos, puede inclusive ser contrario a los planes de ajuste a los que esté sujeto el propio ayuntamiento.

37. Cuando se escriben estas líneas está en tramitación una nueva Ley de Contratos del Sector Público. Al respecto, y finalizadas antes de que concluya esta, se hará referencia a dicha Ley puntualmente cuando se estime de relevancia recoger lo previsto en el proyecto de ley.

38. En concreto, y dentro de los «Ajustes propuestos en el Plan», se contemplan las siguientes medidas que pueden afectar a los contratos públicos:

Medida 7: Contratos externalizados que considerando su objeto pueden ser prestados por el personal municipal actual.

Medida 15: Reducción en la prestación de servicios de tipo no obligatorio.

Medidas que, como puede deducirse, pueden suponer el rescate de determinados servicios o la resolución de contratos en vigor. Respecto de estas y las distintas medidas que pueden adoptarse, puede consultarse MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «Ejecución de los planes de ajuste y contratación pública», *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 11-12 (junio 2012), y ORTEGA JIMÉNEZ, P., «La repercusión de los planes de ajuste en la organización de las EE.LL.», en el mismo número.

39. TORNOS MAS, J. «La remunicipalización...», *op. cit.*, pp. 27 y ss.

40. A estos aspectos se refieren COOME I NIN, A. y GRAU I ARNAU, S., «Remunicipalización de servicios locales y competencia», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, pp. 137 y ss. Y, asimismo, es de recomendable lectura el trabajo 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).

a) Las características concretas del servicio público

Obviamente, y sin entrar en el arduo, y no por ello menos interesante, debate sobre qué actividades han de ser consideradas servicios públicos, han de quedar excluidos de estos supuestos aquellas actividades que, como la iniciativa económica local, no pueden ser consideradas *stricto sensu* servicios públicos, ya que responden a un fundamento constitucional diferente y en ellas las entidades locales no excluyen a los particulares del funcionamiento en el sector de que se trate, ni pueden gozar de privilegio alguno, para no infringir el principio de libre competencia.⁴¹

En efecto, y ya hicimos alusión a este factor con anterioridad, es preciso analizar la infraestructura y el *modus operandi* de cada servicio. No todos los servicios públicos son idénticos, ni requieren la misma tecnología, ni la misma inversión financiera, ni el mismo número de personal. En algunos supuestos, no disponer de la tecnología necesaria o no poder afrontar las inversiones financieras que se requieren puede aconsejar su externalización, mientras que otros que no precisen de esos elementos son más proclives, en principio, a ser reinternalizados.

Por otro lado, la decisión a adoptar no será igual si estamos frente a un servicio externalizado en el que el contrato que le sirve de base está a punto de expirar que si nos encontramos frente a otro cuyo contrato va a seguir vigente durante un plazo de tiempo más o menos largo. Las indemnizaciones a las que habrá que hacer frente, mediante el rescate de la concesión,⁴² pueden desaconsejar, en el segundo supuesto, la opción de reinternalizar el servicio de que se trate.⁴³

41. Puede verse, respecto de esta distinción y las consecuencias que comporta a estos efectos, el trabajo de ORTEGA BERNARDO, J. y 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), pp. 72-74, quienes indican que: «Hay, por tanto, dos tipos de actividad municipal empresarial que hay que distinguir porque cada una de ellas tiene un régimen jurídico diferenciado, tanto desde un punto de vista material o sustantivo (con sometimiento a las reglas de defensa de la competencia en un caso y en el otro no) como desde un punto de vista procedimental. En el caso de la iniciativa económica, además, hay que tener en cuenta que la decisión municipal, al someterse a la tramitación procedimental del art. 86.1 LRBRL, se encuentra supeditada a un juicio de idoneidad y de eficiencia no solo con respecto a los propios medios de gestión, sino también con respecto al impacto en la actividad empresarial privada; pues, aunque no se exija respetar el principio de subsidiariedad, sí se exige ponderar los perjuicios que se irrogan a los empresarios privados».

42. Si se trata de resolver un contrato por causas de interés público (art. 210 y siguientes del TRLCSP), es preciso tener en cuenta dos circunstancias:

1. La justificación de las causas de interés público que concurren para resolver el contrato existente y rescatar el servicio, así como el procedimiento a seguir, artículo 224 TRLCSP. A este respecto, hemos de guiarnos por las disposiciones del TRLCSP en las distintas secciones en las que aborda esta cuestión dependiendo del tipo de contrato de que se trate. Sobre la justificación del interés público como requisito indispensable, señalaremos algunas sentencias que pueden ser de interés: STS de 5 de abril de 1999 (Sala Contencioso Administrativo) y STS, de 13 de mayo de 2014 (Sala Social). Debe quedar claro que, en este contexto, el rescate de un servicio para posteriormente volver a sacarlo a licitación no encuentra amparo en los tribunales.

2. Han de contemplarse las indemnizaciones a abonar al contratista, y con ello, dentro del marco de la estabilidad presupuestaria, el ente local deberá adecuar su actuación a los planes de saneamiento o de ajuste que tenga aprobados.

En este sentido, el cálculo de la indemnización deberá tener en cuenta, junto a las previstas en el artículo 288.1 TRLCSP, consistentes en el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización y aplicando un criterio de amortización lineal de la inversión, el daño emergente y el lucro cesante.

Asimismo, debe consultarse el Informe 49/2010 de 28 de octubre de la JCCA con relación a la normativa aplicable para la valoración de una concesión administrativa.

43. A dicha limitación económica ha de unirse, en opinión fundada 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 hecho de que las previsiones contenidas en el artículo 44 de la Directiva 2014/23 limitarían la posibilidad de rescatar el servicio por motivos de oportunidad.

Adicionalmente, indica TORNOS, deberá valorarse si no se pueden conseguir los mismos objetivos mediante fórmulas como la empresa de economía mixta, que permiten conservar las ventajas de mantener un operador privado sin renunciar a la participación directa del ente municipal en la gestión del servicio.⁴⁴

b) Las capacidades institucionales y financieras del municipio

Deberá valorarse, junto a la posible gestión supramunicipal como apunta TORNOS, la capacidad de gestión del servicio en forma directa. Municipios pequeños, con una insuficiente estructura técnica y de dirección, pueden aconsejar mantener el servicio externalizado. La gestión de los recursos humanos, a la vista de la experiencia de que disponemos, no es una cuestión menor.

Pero es que, además, como hemos señalado más arriba, si son precisas inversiones que no pueden cubrirse mediante aportaciones ordinarias y es preciso el endeudamiento habrán de tenerse en cuenta las limitaciones que, a este respecto, establece la legislación sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.⁴⁵

c) Economía política y costes de transacción no económicos para la adopción de la medida de reinternalización del servicio público

Es preciso, en un contexto de fuerte fragmentación política, valorar las mayorías de que se dispone para sacar adelante iniciativas como la que se pretende, las resistencias que, a estos efectos, planteen grupos de interés (empresarios, sindicatos, etc.) y, lógicamente, la problemática jurídica derivada de un proceso de estas características.

Por de pronto, indica con acierto TORNOS, la decisión no es enteramente discrecional, pues junto a la necesidad de motivación sobre cuál es la mejor decisión posible,⁴⁶ hay ciertos límites a los que más adelante haremos referencia, como

44. De sumo interés en este punto son las reflexiones realizadas por 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).

45. En torno a este punto es de necesaria consulta el trabajo de VILLAR ROJAS, F. J., «Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria...», *op. cit.*, pp. 105 y 106.

46. Como ha puesto de relieve 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 derecho a una buena administración pone fin al paradigma dominante tradicional en el derecho público español, que sostenía la *indiferencia* del núcleo discrecional para el derecho (solo ocupado en limitar la discrecionalidad administrativa mediante los elementos reglados y los principios generales del derecho, como el de interdicción de la arbitrariedad). Con las obligaciones de buena administración que se derivan de este derecho, ya no hay libertad *omnimoda* de elección entre alternativas indiferentes para el derecho cuando hay discrecionalidad para decidir políticas públicas (regulatorias, planificadoras, en materia de subvenciones, de contratación, etc.). No hay posibilidad de hacer «no importa qué, no importa cómo» (en palabras del

los establecidos en el artículo 85 LBRL, que obligan a que la forma de gestión sea la más eficiente desde el punto de vista económico, lo que necesariamente ha de traducirse tanto en un estudio del coste económico de una hipotética gestión directa del servicio en términos homogéneos al existente en la actualidad a través de la contrata vigente,⁴⁷ pero por otro lado se deberá analizar la fiscalidad directa e indirecta a la que eventualmente quedaría sometida, cuando el proceso de reinternalización se realice como es frecuente en una sociedad mercantil íntegramente municipal, la prestación del servicio de que se trate.

Por último, y por otro lado, no es baladí considerar la problemática que planteará el personal de los servicios que se pretenden reinternalizar. Y es que, efectivamente, tanto si los mismos se integran o no en la Administración como la modalidad en que lo hacen, sin olvidar la normativa convencional que les será de aplicación, son puntos que es necesario valorar muy detenidamente en el momento de adoptar las decisiones sobre si se mantiene o no el servicio externalizado. Como veremos, hay dificultades relevantes y jurisprudencia contradictoria en todos estos puntos.⁴⁸

Decisiones adoptadas sobre la forma de gestión del servicio, en función de la estabilidad en el empleo o la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores que prestan sus servicios en el servicio que se pretende reinternalizar, no han sido sino tachadas en algunos casos de desviación de poder.⁴⁹

señor Braibant, consejero de Estado francés, ya fallecido). La discrecionalidad no es arbitrariedad y debe ser buena administración. Las decisiones negligentes o corruptas no nos pueden ser indiferentes.

Asimismo, y del mismo autor, puede consultarse el trabajo «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). También es preciso hacer referencia en este punto a MONTÓYA 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), pp. 173-178.

47. En realidad, y como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «La remunicipalización de servicios», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9/2017, de 15 de mayo, ha de precisarse con exactitud el coste del servicio mediante la medición de datos económicos de ingresos y gastos, la estructura financiera del servicio y su forma de financiación, y determinar la sostenibilidad financiera de la propuesta en los términos que precisa el artículo 4 de la LOEPSF. El autor referido añade que la eficiencia debe traducirse en un cálculo que debe tener en cuenta otras variables en relación con los objetivos que se pretenden alcanzar y los elementos más relevantes de la gestión del servicio, y la valoración de estos no es una cuestión estrictamente matemática. Además, en nuestro ordenamiento jurídico existen tres modelos legales para calcular los costes de los servicios que no dan los mismos resultados:

— Coste efectivo: previsto en el artículo 116 ter LBRL, y desarrollado por la Orden HAP/2075/2013, de 6 de noviembre. Establece los criterios de cálculo del coste efectivo: los elementos que se tienen en cuenta son distintos según los modelos de gestión y no tiene en cuenta todos los costes indirectos.

— Contabilidad analítica, obligatoria para la Cuenta General de 2017 de las entidades locales de más de 50.000 habitantes y supra-municipales (art. 211 TRLRHL, las reglas 13 y 48 de la Orden HAP/1781/2013, de 20 de septiembre). Puede ser el sistema ajustado y realista de los costes de los servicios, pues tiene en cuenta los costes directos e indirectos de manera precisa.

— Informe económico financiero previo al establecimiento de tasas y precios públicos. Los artículos 24.2, 25 y 44 TRLRHL exigen que se tengan en cuenta los costes reales directos e indirectos y, además, previsiones necesarias para el mantenimiento del servicio. Una reflexión sobre los costes, de sumo interés, puede encontrarse en ARBUÉS 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. Baste citar aquí el clarificador trabajo de MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 49 (2017), pp. 79 y ss.

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

3. La tramitación administrativa: el expediente de reinternalización

3.1. La situación con anterioridad a las reformas acontecidas en 2013

Hemos de traer a colación, por la relevancia que tiene a estos efectos, la ausencia de una definición uniforme y generalmente aceptada del concepto de servicio público en nuestro ordenamiento. Y es que, ciertamente, el alcance y la extensión de este concepto se ha visto notablemente ampliado desde hace décadas, de resultados de una legislación que no ha sido todo lo cuidadosa que debiera, lo que ha llevado incluso a que el Tribunal Supremo definiese los servicios públicos locales, de una forma a mi juicio inadecuada, como aquellos que las entidades locales declaren como tales. Si aceptáramos de forma acrítica dicha idea, prácticamente cualquier actividad prestacional que se llevara a cabo por los entes locales sería reconducible a este concepto, ya se trate de las que, con carácter tradicional, han desarrollado este nivel territorial, como de aquellas otras que pudieran iniciar en ejercicio de la iniciativa económica local que, como sabemos, encuentra respaldo constitucional en el artículo 128 CE.

Lo cierto, sin embargo, es que las cosas son notoriamente más complejas y la conclusión, por simplista, no puede ser que todas las actividades que llevan a cabo las entidades locales son de idéntica condición. Son distintas y, en algunos supuestos, encuentran un anclaje constitucional de muy distinta naturaleza. Por decirlo de una vez, no es igual tramitar un expediente de protección de la legalidad urbanística que prestar el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable o realizar actividades relativas a la promoción y construcción de viviendas. Todas ellas son actividades que pueden ser llevadas a cabo por las entidades locales, pero repárese en que esos tres tipos citados más arriba difieren sustancialmente en cuanto a su naturaleza. En uno, la protección de la legalidad urbanística, se ejercen potestades administrativas, con ejercicio de autoridad, y por ello reservadas al poder público, que nunca podrían ser prestadas por terceros,⁵⁰ mientras que en los otros dos supuestos

50. Debe aclararse que la supresión del punto tercero del artículo 86 LBRL –tras las reformas acontecidas en 2013–, que excluía la prestación de servicios que impliquen el ejercicio de autoridad por entidades mercantiles o en forma de gestión indirecta no afecta

se lleva a cabo la realización de prestaciones a los ciudadanos que sí podrían, en principio, ser prestadas por la iniciativa privada. Pero incluso respecto de estos últimos, que tienen contenido económico, se realiza en forma distinta. En el caso del abastecimiento domiciliario de agua potable se hace, de forma exclusiva y reservada, por el ente local, ya se trate a través de fórmulas directas o indirectas de gestión del servicio, ya que media la reserva y titularidad del servicio, excluyendo con ello a cualquier otro potencial prestador del servicio. Por el contrario, en el supuesto de la promoción de vivienda pública, se hace en el mercado, junto con otros potenciales prestadores de servicios similares de carácter privado, y con ello, y a *contrario sensu*, sin excluir a terceros de la prestación de esos servicios.⁵¹

Y es que, como ha indicado DEL GUAYO, hay dos grandes modalidades que pueden revestir la actividad pública económica: una en ámbitos no publicados, donde el sector público debe concurrir como un agente más del mercado de que se trate (siempre que eso sea verdaderamente posible); y otra relativa a la intervención en ámbitos reservados a favor del sector público (servicios públicos).⁵²

A diferencia de la legislación local española, algo confusa, como decimos, en este punto, no está de más que pongamos de relieve que ese equívoco no resulta de la normativa comunitaria. En efecto, en el ámbito comunitario se distingue, sin duda alguna, entre servicios de interés general de carácter no económico (excluidos del mercado y de la concurrencia con la actividad de terceros) y servicios de interés general de carácter económico, que están sujetos a su ejercicio en concurrencia con la actividad de terceros en un mercado libre, a salvo de que el sector público haga una reserva de los mismos (art. 128.2 CE y art. 86.2 LBRL).⁵³

en nada a esta conclusión. Y es que la eliminación de este párrafo no implica que esa prohibición siga plenamente vigente, en virtud de la remisión de la LBRL, en materia de gestión indirecta, al TRLCSP, cuyo artículo 275.1, establece que: «En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

51. Como han puesto de relieve ORTEGA BERNARDO, J. y SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. de, «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos», *op. cit.*, ello es determinante respecto de las limitaciones que en este sentido ofrece el derecho de la competencia, ya que, si en las actividades consideradas como servicio público o competencia propia cabe, en principio, entender aplicable la excepción del artículo 4 LDC (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia), que permite introducir restricciones a la libre competencia por parte de las administraciones públicas siempre que las mismas se encuentren amparadas en la ley, no es igual en aquellas en que se ejerce la iniciativa pública en materia económica. Y añade que cuando se trata de establecer precios inferiores a los que ofrece el mercado, que es una restricción de la competencia de cierta relevancia porque puede suponer un perjuicio para las empresas privadas que operan y prestan ese mismo servicio en el mercado, estos precios no se consideran predatorios (como exigiría el derecho de la competencia) porque expresamente lo autoriza, además del citado artículo 4 LDC, el artículo 44.2 LHL. En su literalidad, el artículo 44.2 LHL permite que los precios públicos que han de satisfacerse como contraprestación al uso de los servicios públicos resulten inferiores a los costes cuando «existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen». Puede verse, asimismo, el trabajo de COOMÉ I NIN, A. y 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 Autonómica*, núm. 2 (nueva época) (2014). Y añade dicho autor que las versiones originales de la LBRL de 1985 y del TRRL de 1986 confundían frecuentemente ambos ámbitos de actuación de los entes locales. Las sucesivas reformas no aclararon el panorama, sino que con frecuencia lo oscurecieron aún más. Y aún sigue así, mucho me temo, tras la reforma operada por la LRSAL.

53. En efecto, el artículo 128.2 CE establece que se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Y añade que, sin embargo, mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. El concepto de servicio esencial lo encontramos en una temprana sentencia del Tribunal Constitucional STC 26/1981, de 17 de julio de 1981, en la que este razonaba que: «No se trata por tanto de servicios que sean indispensables para la supervivencia individual

La diferenciación entre estos dos tipos de actuación es sumamente relevante. Y es que, en efecto, derivado de que se trate de un supuesto u otro resultaría preciso, para acometer la implantación del servicio o actividad en concreto que se pretenda, la tramitación o no del expediente al que se refiere el artículo 86.1 LBRL y el artículo 97 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante, TRRL).

En general, las discrepancias se centraban, para admitir o no dicha tramitación administrativa, en el carácter reservado o no del servicio, bien es cierto que, como han puesto de relieve ORTEGA y DE SANDE, la diferencia se encuentra más bien en si la actividad se ejerce o no en régimen de concurrencia.⁵⁴ El criterio de distinción relevante ya no resulta ser, por tanto, el que distingue entre servicios públicos reservados y no reservados. La diferenciación fundamental se encuentra en distinguir entre servicios públicos económicos que se prestan en concurrencia pero no necesariamente en competencia con la iniciativa empresarial privada y aquellas actividades económicas locales que se prestan en concurrencia y con pleno sometimiento a las reglas de la competencia.

En nuestra opinión, la normativa vigente en ese momento establecía una diferencia en cuanto a la tramitación precisa para la puesta en marcha de nuevos servicios, requiriendo únicamente el acuerdo del pleno de la corporación para la prestación de los que hemos denominado de interés general de naturaleza no económica, frente a la exigencia de un completo expediente justificativo de esa opción, previsto en los artículos citados más arriba, en el caso de que se promoviese el inicio de una actividad económica o mercantil.

En el caso del ejercicio de actividades económicas, no parece que plantee duda que resultaba preciso motivar que la decisión adoptada era la más acertada de las posibles y que, asimismo, no se perjudicaba a la iniciativa económica privada sin justificación alguna. Y para ello era preciso la tramitación de ese expediente a fin de poner de relieve dichos extremos. Más discutible resultaba, sin embargo, que fuese preciso tramitar dicho expediente en los otros dos supuestos –resulta evidente y obvio que no será necesario cuando se trate del ejercicio de potestades admi-

de los ciudadanos, sino que se hacen indispensables para el funcionamiento de la sociedad, con los rasgos y características propios de las circunstancias tecnológicas de nuestra época. Ahora bien, que un servicio sea esencial no significa que dicho servicio deba estar reservado al Estado. La decisión de si se reserva o no, es una decisión que nuestra Constitución ha dejado abierta en función de lo que en todo caso se entienda que es más conveniente para la gestión, desarrollo e implantación del servicio de que se trate. En un Estado social y democrático de derecho determinadas actividades pueden ser satisfechas perfectamente por la iniciativa privada, sometida a una fuerte reglamentación».

54. ORTEGA BERNARDO, J. y SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. de, «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos, *op. cit.*», para quienes: «El criterio de distinción relevante ya no resulta ser, por tanto, el que distingue entre servicios públicos reservados y no reservados. La diferenciación fundamental se encuentra en distinguir entre servicios públicos económicos que se prestan en concurrencia pero no necesariamente en competencia con la iniciativa empresarial privada y aquellas actividades económicas locales que se prestan en concurrencia y con pleno sometimiento a las reglas de la competencia. Lo que está en juego desde hace ya tiempo en el ámbito de las actividades con incidencia económica de los gobiernos y administraciones locales es la aplicación o no del derecho de la competencia, la aplicación en este ámbito de los art. 101 y 102 TFUE, en caso de que se afecte a los intercambios entre Estados miembros, y de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, en caso de efectos meramente estatales y/o autonómicos».

nistrativas— y más específicamente en el caso de los servicios públicos de titularidad local que realizan prestaciones a particulares con exclusión de terceros.

Lo cierto es que no ha existido unanimidad en este punto.⁵⁵ De esta forma, una parte de la doctrina que había estudiado el asunto,⁵⁶ refrendada por algunas resoluciones judiciales, había llegado a equiparar la forma mercantil de prestación del servicio con el carácter del propio servicio, entendiendo que, en todos los supuestos de utilización de una forma mercantil para la prestación de servicios, ha de llevarse a cabo la tramitación administrativa referida.

Clásica es la cita, en este punto, de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002, precedida de la STS de 21 de diciembre de 2000, que declaró nulo el acuerdo de creación de una sociedad mercantil destinada a prestar el servicio de recogida de basura por no contar con la previa tramitación de un expediente de municipalización de la actividad a prestar. Bien es cierto que dicha resolución jurisdiccional no fue aislada y, en la misma dirección, la STS de 3 diciembre 2004 siguió la doctrina establecida. En este mismo rumbo, asimismo, puede verse la jurisprudencia de algunos pronunciamientos de tribunales superiores de justicia, a título de ejemplo, la STSJ País Vasco de 26 de diciembre de 2003, que expresamente declara que «siempre que el Ayuntamiento promueva una actividad económica, aunque caiga dentro de la órbita de los cometidos que para él revisten condición de servicio, debe formarse expediente acreditativo de su oportunidad, y dicho expediente resulta complementado, y se desarrolla, en el art. 97 del TRRL». Esta interpretación ha sido, asimismo, seguida en decisiones judiciales posteriores, como la STSJ de Castilla y León, de 28 de diciembre de 2012 (Rec. 1435/2010), que viene a asumir esta interpretación que pudiera calificarse como «formalista» de la naturaleza mercantil de los servicios prestados mediante sociedad mercantil de responsabilidad limitada, recogiendo gran parte de su fundamentación de forma literal.⁵⁷ Igualmente el TSJ de Asturias, en

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 y sostenibilidad de la Administración Local», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36 (2014).

56. Puede verse, a estos efectos: 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», *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 sentido contrario, RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, Civitas, 6.ª ed., 2010, p. 432. DÍAZ LEMA, J. M., *Los monopolios locales*, Montecorvo, 1994, p. 105, y QUINTANA LÓPEZ, T., *Las mancomunidades en nuestro derecho local*, Madrid: INAP, 1994, p. 54.

57. Es cierto, como han puesto de relieve ORTEGA y DE SANDE en el trabajo citado, que esas declaraciones jurisdiccionales se hicieron en un contexto determinado y que hoy resultan, en gran medida, carentes del mismo sentido que en su día las motivaron. Exponen dichos autores que: «La razón por la que se exigió este procedimiento en ese pronunciamiento de 2002 era para evitar la huida del derecho administrativo cuando la Administración, en este caso la municipal, utilizaba personificaciones jurídico-privadas. Pero esto ya no tiene sentido. La huida del derecho administrativo consistía entonces fundamentalmente en no aplicar las disposiciones de la contratación administrativa aplicables en aquellas fechas exclusivamente a las administraciones públicas. Pero el cambio de paradigma que en este punto ha supuesto el derecho europeo de la contratación pública impide esa inaplicación. La legislación de contratos ya no solo es aplicable a las administraciones públicas, sino al sector público, conforme a las exigencias de las directivas comunitarias en materia de contratación».

su sentencia 90199/2014, de 27 de octubre, anula el acuerdo de gestión indirecta del servicio de promoción y reinserción social a prestar en el Hogar del Pensionista de Ribadesella, por no seguir el procedimiento del artículo 97 del TRRL, y en el que el ayuntamiento alegaba en su defensa que, al tratarse de un servicio público no económico, no es necesario seguir el expediente de municipalización del artículo 97 TRRL. Sin embargo, el tribunal entiende que sí debió tramitarse el expediente de municipalización para garantizar la conveniencia y oportunidad de la medida.

No es esta mi opinión. Y es que cuando nos encontramos frente a un servicio público reservado al sector público, valga la redundancia, el expediente de referencia no añadía nada.⁵⁸ Así lo han entendido otros órganos judiciales al conocer sobre asuntos similares, como son los casos de la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 15 de diciembre de 2000, que estima no necesaria la tramitación de un expediente de esta naturaleza ante la propuesta de prestación de un servicio de recogida de residuos, precisamente por ser de prestación obligatoria; y, en otro supuesto, la STSJ de Canarias, de 9 de diciembre de 2004, que llega a la misma conclusión que en el supuesto anterior, si bien en este caso se refería a la prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable.

A mayor abundamiento, la normativa elaborada por las comunidades autónomas, que progresivamente ha desarrollado la regulación sobre régimen local, ha venido a ratificar esta interpretación, al reglamentar los procedimientos de constitución de sociedades mercantiles para la prestación de servicios y actividades económicas remarcando la diferencia aludida más arriba y diferenciando, en este sentido, entre servicios públicos locales y ejercicio de actividades económicas.⁵⁹

58. Desde mi punto de vista, y coincido en este punto con BALLESTEROS FERNÁNDEZ, este expediente de conveniencia y oportunidad debería tramitarse en los casos siguientes:

- Ejercicio de la iniciativa pública en actividades económicas.
- Reserva efectiva en régimen de monopolio de los servicios reservados del artículo 86.2 *in fine*.
- Asunción de la gestión directa de servicios públicos de contenido económico.

Y no sería necesario para:

- El establecimiento de la gestión directa de servicios que no tengan carácter económico, mercantil o industrial.
- La prestación de los servicios que no tengan carácter económico, industrial o mercantil.
- Los servicios mínimos u obligatorios del artículo 26 LBRL (se entiende que ejercidos sin monopolio).

Para estos segundos, bastaría el acuerdo de establecimiento por el pleno de la corporación (art. 42 RS), determinado la forma de gestión (22.2.f LBRL) sin necesidad del expediente «acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida».

59. A título de ejemplo, en el caso concreto de Andalucía, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, se encarga de regular los servicios locales y sus formas de prestación por un lado y, por otro, las actividades económicas. Diferenciación que se refleja en la propia denominación adoptada para calificar la sociedad local que se crea en ambos escenarios. De esta forma, en el caso de los servicios locales competencia del ente local (y por ello reservados), el artículo 38 de la ley establece que podrán prestarse de forma directa mediante la denominada *sociedad mercantil local*, cuya actividad puede iniciarse con la aprobación de la ordenanza reguladora de la prestación y, en relación con la propia entidad mercantil, con la aprobación por el pleno y la publicación de sus estatutos. Por el contrario, en el caso de las denominadas actividades económicas (no reservadas), su prestación mediante entidad mercantil se denomina, según el artículo 46 de la citada ley, como *empresa pública local*, estableciéndose incluso como la forma preferente de prestación de este tipo de actividades (en buena lógica, dado el carácter mercantil o industrial de las mismas).

Respecto de las fórmulas de prestación de servicios públicos en el ordenamiento jurídico andaluz conviene reseñar el trabajo de MONTÓYA MARTÍN, E., «Los servicios y la iniciativa económica local», en el volumen colectivo RIVERO YSERN, J. L. (dir.), *Derecho Local de Andalucía*, Editorial Iustel, 2012.

3.2. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y su incidencia en la tramitación procedimental para poner en marcha nuevos servicios o actividades de los entes locales⁶⁰

La nueva redacción del artículo 85.2, con arreglo a la LRSAL, y el espíritu que esta inspira de racionalizar y hacer más eficiente la prestación de servicios públicos, introduce el siguiente párrafo:

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) [entidad pública empresarial y sociedad mercantil local] cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local, quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Como ha puesto de relieve MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, esta exigencia de eficiencia no es exclusiva de la normativa local, y la normativa contractual no es ajena a esta demanda de eficiencia y sostenibilidad en la gestión de los recursos públicos. El citado autor argumenta que son principios que están en la base de las directivas de 2014 (eficiencia en el gasto público y desarrollo sostenible). Bien es cierto que el TRLCSP ya consagra la eficiencia como principio esencial de la contratación pública en su artículo 1. Por su parte, la Directiva 2014/2023, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, deja claro que cada autoridad nacional, regional o local tiene libertad de elección de la forma de prestar los servicios, pero han de garantizar en todo caso un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos (art. 2 y 4, considerandos 5, 6 y 7), pero siempre garantizando la utilización más eficiente posible de los fondos públicos (considerando 3).⁶¹

60. La LRSAL incluye algunas reformas importantes en materia de servicios públicos locales:

a) Se modifica la lista de servicios mínimos municipales del artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).

b) Se da entrada a las Diputaciones en la gestión de esos servicios mínimos.

c) Se introducen modificaciones en las formas de gestión de los servicios públicos en el artículo 85 y 85 ter de la LBRL.

d) Se modifica el precepto relativo a la reservas locales (art. 86 de la LBRL).

e) Se modifica el apartado segundo del artículo 97 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

f) Se trata de redimensionar, reduciéndolo, el sector público local.

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

Pero volviendo a la legislación local, la lectura de dicho párrafo, junto a la priorización de fórmulas jurídico-administrativas en la gestión de los servicios públicos,⁶² introduce una exigencia de tramitación administrativa inexistente en esos términos hasta el momento, en el supuesto de que se optase por la creación de una entidad mercantil. Sin perjuicio de que no deba confundirse, como hemos mantenido, la prestación de servicios locales en forma directa a través de entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles del ejercicio de actividades económicas, lo cierto es que se asimila, desde el punto de vista de la eficiencia económica, uno y otro supuesto, lo que puede deducirse de expresiones como «rentabilidad económica» o «recuperación de la inversión».

Bien es cierto que dicha asimilación no es plena, ya que, al referirse al ejercicio de actividades económicas, el artículo 86 LBRL establece, de forma idéntica al anterior supuesto, que deberá justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal, pero añade, lógicamente, tratándose de una actividad en concurrencia con la iniciativa privada, que deberá contener un análisis del mercado relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Pero, asimismo, la nueva redacción del artículo 85.2 LBRL añade ciertas exigencias de tipo procedimental que, se quiera o no, refuerzan en aspectos notables dicha asimilación en los supuestos de creación de una entidad mercantil de carácter público,⁶³ a saber: memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al pleno para su aprobación, en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido; publicidad de la iniciativa

62. Lo cierto es que, y el precepto responde a esa ratio, estamos frente a un problema de excesos (uso y abuso) con las formas privadas o sujetas a derecho privado. Ahora bien, partiendo del concepto de potestad organizatoria como poder público condicionante de la creación, modificación o supresión de estructuras, órganos o entes personificados (incluyendo la *elección de la forma*) el precepto ha planteado dudas en la doctrina que, hasta el momento, se han salvado por el Tribunal Constitucional en lo que se refiere a la no necesidad de ley orgánica para realizar dicha operación (Tribunal Constitucional. Pleno, sentencia 111/2016 de 9 junio, RTC 2016/111), si bien es cierto que el conflicto en defensa de la autonomía local no ha sido resuelto aún.

Y es que la autonomía local se ha asociado naturalmente a un reconocimiento de capacidad de autoorganización. Una de las esencias de la autonomía radica precisamente en la disposición de un margen de elección de los propios diseños organizativos, por lo que, como decimos, el precepto ha planteado algunas dudas de constitucionalidad. Y es que la limitación en cuanto a la elección de las formas podría suponer una extralimitación contraria al principio de autonomía local.

63. En efecto, como ha puesto de relieve MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «La remunicipalización de servicios», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9/2017 (15 de mayo), hay varias posibilidades en cuanto a la tramitación basadas en los resultados que arroje el estudio a realizar.

1. Acuerdo de inicio del expediente del artículo 86 LBRL y 97 TRRL: nombramiento de la Comisión de estudio técnico-política y redacción de una memoria que analice las diferentes formas de gestión, con el contenido que señalan los artículos 58 a 62 del RSCL.
2. Si del estudio se concluye que la mejor opción es la gestión directa sin personificación o por organismo autónomo: acuerdo plenario de creación del servicio municipal y trámites para su dotación de recursos humanos y materiales, o para la creación del organismo autónomo.

3. Si del estudio se concluye que la mejor opción es la gestión directa mediante sociedad de capital íntegramente municipal o una entidad pública empresarial: se hace pública la memoria y el asesoramiento recibido y se inician los trámites para constituir la sociedad o entidad pública.

4. Si del estudio se concluye que la mejor opción es la gestión indirecta o mixta: exposición pública de la memoria e inicio del expediente de contratación de la forma de gestión indirecta o mixta. Ha de someterse en todo caso el estudio de viabilidad que exige el artículo 132 del TRLCSP al informe de la evaluación por la Oficina Nacional de Evaluación de Concesiones (DA 36.a TRLCSP, introducido por la DF 9.a); y del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado para valorar la fórmula de revisión de precios del contrato si procede en el contrato (art. 9.7 del RD 55/2017, de 3 de febrero).

y, por último, informe del interventor local, quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas de conformidad con lo previsto en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.⁶⁴ Lo que obliga, asimismo, a una aprobación inicial y otra definitiva, posterior a la publicidad, en la que deberá quedar justificado el cumplimiento de los requisitos expuestos anteriormente, junto a motivar la forma de gestión del servicio, que deberá hacer referencia, del modo más completo posible, a los argumentos en función de los cuales se rechazan otros posibles modos de gestión.⁶⁵

En cualquier caso, y tras la modificación de dichos preceptos, no parece que plantee duda que la prestación de un servicio mediante una forma mercantil va a requerir la tramitación de un expediente preceptivo en el caso de los servicios que se pretendan reinternalizar y no el simple acuerdo, pero como han señalado certeramente ORTEGA y DE SANDE, no del expediente previsto en el artículo 86 LBRL y 97 del TRRL,⁶⁶ sino del previsto en el artículo 85.2 de la LBRL que, tras su modificación, obliga a realizar la tramitación referida, lo cual, como puede apreciarse, tiene como consecuencia directa que, en lo que se refiere a la tramitación administrativa a seguir, ya no se presentan diferencias radicales en uno y otro supuesto.

3.3. Limitaciones jurídicas en la adopción de la decisión de reinternalización del servicio

Referidas con anterioridad las exigencias procedimentales que la tramitación de un expediente de reinternalización implica, así como sus requisitos, es preciso abordar ahora las limitaciones específicas que, a este respecto, se plantean por el ordenamiento jurídico-administrativo más allá de lo establecido en dichos preceptos.

64. Este elemento, la sostenibilidad financiera, resulta clave para GARCÍA RUBIO, F., «Pros y contras jurídico-administrativos de la reinternalización», en FONT I LLOVET, T. y DIEZ SÁNCHEZ, J. J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Madrid: Iustel / Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, pp. 173 y ss., que expresa que: «Así los ahorros, o no de una fórmula de gestión directa frente a una homónima de gestión indirecta, no pueden ser circunstanciales sino permanentes».

65. Véanse, en este punto, las acertadas reflexiones en cuanto a la tramitación de FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., «Privatizaciones y remunicipalizaciones...», *op. cit.*, pp. 62 y ss.

66. En opinión de dichos autores, en el trabajo citado: «En definitiva, el procedimiento previsto para la reinternalización es el procedimiento del artículo 85.2 LBRL, y no el del artículo 86.1 LBRL. Conviene en este sentido subrayar que, aunque las reglas aplicables a uno y otro caso exijan tener en cuenta pautas de racionalidad económica, la gran diferencia estriba en que en el primer caso (art. 85.2 LBRL) el examen de la eficiencia se proyecta sobre los propios recursos económicos y materiales públicos, y en el otro (el del art. 86.1 LBRL), el acierto de la decisión hay que justificarlo económicamente teniendo en cuenta el impacto de la misma sobre la iniciativa empresarial privada, pues la actividad pública que se quiere emprender se va a desarrollar en competencia con ella. Esto no significa que si hay empresarios privados que ofrecen sus servicios en un sector económico, la Administración no pueda entrar (lo que equivaldría a afirmar que hay una cláusula de subsidiariedad que rige en relación con la actividad empresarial de la Administración). No hay que entenderlo así. Hay que interpretar que a la hora de emprender una aventura empresarial, la Administración no puede desconocer los riesgos que, si fuera el caso, genera para el sector privado, y que esto debe valorarlo cuando examine las razones que la conducen a introducirse en ese mercado».

3.3.1. Las limitaciones que la LBRL establece a la reinternalización de servicios públicos en cuanto a la libre elección de la forma de prestación de los servicios públicos: artículo 85 y disposición adicional novena LBRL

Si, como es notorio, la elección administrativa de una fórmula directa o indirecta para gestionar un servicio público tiene importantes consecuencias jurídicas, en principio, nuestro ordenamiento jurídico articula un amplio espacio de discrecionalidad, antes más que en la actualidad, que permite a la Administración titular de un servicio público elegir libremente la fórmula de gestión que se estima más conveniente u oportuna. Aunque, lógicamente y como decimos, ello implica determinadas consecuencias.

La gestión directa, en los supuestos en que se utilizan formas instrumentales de gestión dotadas de personalidad jurídica, se va a realizar mediante un instrumento, la denominada encomienda de gestión, en virtud de la cual la Administración territorial matriz encarga o encomienda a la Administración institucional filial la prestación del servicio, y ese negocio jurídico en principio resulta excluido de la legislación de contratos del sector público, ya que nos encontramos en presencia de una relación interna (llamada *in house* en el ámbito comunitario), que trae causa de la potestad organizativa de la Administración.

En estos supuestos no existe, en sentido estricto, un contrato entre dos partes, sino un mandato a un medio propio de la Administración titular del servicio, que por ello queda excluido de la legislación contractual (según resulta de los apartados *c*) y *d*) del art. 4.1 del TRLCSP). Como se ha dicho con acierto, cuando para gestionar el servicio se crea una sociedad mercantil, la Administración pública *no está preparando la celebración de un contrato bilateral*, sino que se está organizando internamente. El convenio que formaliza la encomienda no está sujeto, pues, a las directivas comunitarias sobre contratación pública y, de esta forma, es susceptible la adjudicación directa a la entidad instrumental.⁶⁷ Bien es cierto que, en es-

67. Dicho concepto, y sus consecuencias, ha venido siendo aquilatado por distintas resoluciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo cierto es que su jurisprudencia ha evolucionado notablemente, pasando de una actitud permisiva en sus primeros pronunciamientos, toda vez que se aceptaba sin mayor debate la exclusión de la aplicación de las directivas de contratación pública a los negocios o encargos realizados entre la Administración y sus sociedades, hasta la postura actual, en la que la condición de medio propio de una entidad que permite soslayar las reglas generales de concurrencia pública y transparente, ha quedado sujeta a condicionantes específicos desde la sentencia Teckal, de 18 de noviembre de 1999 (más recientemente puede verse la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03 sobre el Stadt Halle o la sentencia de 8 de mayo de 2014 dictada en el asunto C-15/13).

En la actualidad, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública prevé, entre otros extremos, exigir el cumplimiento de los denominados requisitos Teckal, pero se positiviza en la directiva, ya que la jurisprudencia comunitaria así lo había establecido, como requisito independiente de los anteriores, la exigencia de que «no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada», criterio que inmediatamente se excepciona cuando se cumplen de forma conjunta dos requisitos: a) Que las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los tratados; y b) Que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada. Vemos así que con ello se relaja la doctrina jurisprudencial en la materia, que era categórica al afirmar que la participación privada en un ente público, por mínima que esta fuera, rompía la cooperación pública debiendo ser el contrato objeto de licitación.

Todos los requisitos establecidos han de cumplirse y, además, se especifican algunos aspectos, principalmente que el ente instrumental realice el 80% de sus actividades para el poder adjudicador (apartado 1). La directiva explica cómo se calcula dicho 80% (apartado 5).

tos supuestos, es muy necesario tener en cuenta los límites establecidos respecto de este punto por el derecho comunitario.⁶⁸

A diferencia de la anterior, la gestión indirecta se instrumenta a través de algún tipo de contrato administrativo de gestión de servicio público previstos en la legislación contractual, y por ello sujeto a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, ya que nos encontramos en el marco de una relación de contenido económico ajena a la estructura organizativa y burocrática de la Administración titular del servicio.

Pero volvamos al ámbito discrecional en que se desenvuelve dicha decisión, ya que si, como hemos dicho, en principio hay libertad para la elección de la modalidad de prestación del servicio, esta no es enteramente discrecional. De un lado, los requisitos ya aludidos limitan dicha discrecionalidad introduciendo elementos reglados procedimentales y privilegiando a aquellas que actúan en forma prevalente sujetas al derecho administrativo,⁶⁹ pero, de otro, la reforma introducida por la LRSAL en 2013 modificó el contenido de la disposición adicional novena de la LBRL, de modo que, en lo que ahora interesa, ha venido a limitar la posibilidad de utilizar *ex novo* fórmulas jurídico-privadas de gestión directa cuando se reinternalice el servicio y las entidades locales que lo pretenden están inmersas en un plan económico-financiero o en un plan de ajuste mientras dure este.⁷⁰

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público Estatal, en su artículo 86.2, si bien su aplicación solo resulta posible a los servicios públicos de titularidad estatal, establece nuevos requisitos para la utilización de medios propios.

68. En efecto, un acuerdo reciente del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón cuestiona que la encomienda de gestión de un servicio a un consorcio del que forma parte el Ayuntamiento de Huesca sea un supuesto admisible. De esta forma, el Acuerdo 75/2017, de 4 de julio de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, referido al Ayuntamiento de Huesca, que aprobó la encomienda de gestión del servicio de limpieza viaria del municipio de Huesca al Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación núm. 1 de Huesca, a través de su medio propio, la empresa pública GRHUSA (participado íntegramente por el consorcio), mediante convenio es rechazada por el tribunal.

69. El artículo 85, en la redacción ofrecida por la LRSAL, establece que:

«1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

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

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

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

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido, que se elevará al Pleno para su aprobación, en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del inventor local, quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público.»

70. Disposición adicional novena. Redimensionamiento del sector público local.

«1. Las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley y los organismos autónomos de ellas dependientes no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste. Las entidades mencionadas en el párrafo anterior durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación. Excepcionalmente, las Entidades Locales podrán realizar las citadas apor-

Como resulta del preámbulo de la LRSAL, el objetivo que se perseguía era impedir «la participación o constitución de entidades instrumentales por las Entidades Locales cuando estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste» para cuya eficacia «se prohíbe, en todo caso, la creación de entidades instrumentales de segundo nivel, es decir, unidades controladas por otras, que, a su vez, lo estén por las Entidades Locales. Esta prohibición, motivada por razones de eficiencia y de racionalidad económica [...]».

Y es que, en efecto, esta proliferación de entes instrumentales, en ocasiones no suficientemente justificada, había determinado un complejo institucional cuya ordenación el legislador acomete desde la fundamentación del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.⁷¹ Dentro de las medidas propuestas, unas pretenden impedir el crecimiento y proliferación de nuevos organismos y entidades; y otras tienden a reducir el número actual de estructuras con el objeto de racionalizar y contribuir a la reducción del déficit público. Pero todas tienen un objetivo: reducir el sector público local de forma coherente con el objetivo del Plan Presupuestario de 2014, donde se reflejaba un ahorro estimado de 1400 millones de euros y todas se anudaban a la insuficiencia presupuestaria o el déficit y su corrección mediante planes de ajuste.

De esta forma, teniendo en cuenta el ámbito temporal de los planes económico-financieros, o planes de ajuste (10 años), la limitación a la adquisición, constitución o participación en nuevos entes instrumentales y la prohibición de realizar aportaciones patrimoniales o suscribir ampliaciones de capital de empresas públicas o sociedades mercantiles locales con necesidad de financiación,⁷² presenta un horizonte a largo plazo que limitaría, enervando dicha posibilidad, la capacidad de elección de estas fórmulas jurídico-privadas para la gestión de los servicios reinternalizados. Dicha disposición, como parece evidente, opone por ello un límite en la gestión directa del servicio mediante fórmulas jurídico-privadas en esos supuestos.

taciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad [...].

3. Los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional [...].»

71. Los antecedentes de la norma se encuentran en los Acuerdos del Gobierno y las Entidades Locales, de 7 de abril de 2010 y 25 de enero de 2012, los Informes del Tribunal de Cuentas y el propio Informe CORA. Y es que, si bien es cierto que la práctica institucional de todas las administraciones públicas en las últimas décadas, también en el sector local, ha determinado la creación y participación de la Administración tanto en entidades participadas por otras administraciones públicas e incluso por el sector privado, como la creación de entidades descentralizadas dependientes de la propia entidad local, no lo es menos que solo, y solo en esa medida, cuando se pongan en riesgo los objetivos establecidos en las normas de estabilidad presupuestaria podrán invocarse dichos principios para limitar la libertad de organización de los entes locales respecto de los servicios que prestan.

72. Pero es que, además, si en los planes de ajuste ahora vigentes, y elaborados en términos consolidados, se preveía hacer aportaciones de capital o ampliaciones de capital, ahora estas no se podrán realizar, excepto si en el ejercicio presupuestario inmediato anterior hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad. Deberá procederse, por tanto, a la revisión de aquellos planes de ajuste que se encuentren en esta situación.

En cualquier caso, y cumpliéndose los requisitos que establece el precepto, es decir, criterios de *rentabilidad económica y recuperación de la inversión*, es perfectamente lícito, y consideramos que no se incurre en fraude de ley,⁷³ acometer la prestación del servicio mediante, por ejemplo, el recurso a una sociedad pública municipal ya existente, ya que la cobertura de la actuación administrativa que se pretende engazaría con el propio principio de autonomía local –y su correlato en lo que se refiere a la potestad de autoorganización– y habilitaría plenamente dicha actuación, dado que no se produce un resultado anormal o ilícito en la aplicación de este principio respetando, eso sí, el resto de los requisitos establecidos.

3.3.2. Los límites para incorporación de nuevo personal derivados de la tasa de reposición de efectivos y otros instrumentos de ordenación de personal: especial referencia a la legislación contractual y presupuestaria

Como es conocido, la tasa de reposición de efectivos ha sido un instrumento de política de personal, recurrente en nuestro ordenamiento, por el cual el Estado establece, con carácter básico y con ello aplicable a todas las administraciones públicas, restricciones en lo que se refiere a la incorporación de efectivos. Su virtualidad en el objeto de nuestro estudio es que, en principio, sería de aplicación en estos procesos de reinternalización de servicios públicos.⁷⁴

Lo cierto es que cuando, como consecuencia de una sentencia judicial en aplicación del artículo 44 ET, se dispone la subrogación en las relaciones laborales, se plantea la cuestión de hasta qué punto esa tasa de reposición de efectivos, el incremento de la masa salarial que puede acontecer o la necesaria modificación de los instrumentos de ordenación de personal oponen límites a dicha incorporación.⁷⁵

73. Interpretar en forma limitativa la capacidad de autoorganización de los servicios públicos nos llevaría a una interpretación extensiva de esta disposición adicional novena que, como es suficientemente conocido, es aquella que extiende el significado *prima facie* de una disposición, de forma que se incluyen en su ámbito de aplicación supuestos que, según la interpretación literal, no quedarían incluidos. Y es que si bien, y como es notorio, no es posible aplicar la ley sin interpretarla, ni siquiera, como observan la doctrina y la jurisprudencia, cuando las cosas parecen claras (por lo que debe rechazarse que sea cierto en todos los casos el aforismo *in claris non fit interpretatio*), y que interpretar es una operación no de extracción del contenido de la norma, sino de atribución a esta de significado, esto es, una actividad no meramente mecánica y neutral, sino subjetiva y creadora, se hace preciso fijar los límites de este acto de creación del derecho, pues, como sabemos, si bien es cierto que no está prohibido, ni podría estarlo, interpretar, sí está prohibida la analogía o la interpretación extensiva en normas prohibitivas o restrictivas, ya que estaríamos en presencia de una actividad, por definición, creadora del derecho.

La interpretación, pese a su carácter creador, es una operación intelectual por la que se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la ley para decidir los supuestos contenidos en ella y, consecuentemente, su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea al intérprete. Aplicar una ley prohibitiva, sancionadora o restrictiva de derechos analógicamente o interpretándola extensivamente implica, en realidad, crear una nueva norma, pues la que se afirma aplicada no contempla el supuesto de hecho porque así no lo quiso el legislador –en nuestro caso, utilizar una sociedad preexistente– al que se impone la consecuencia jurídica en ella prevista.

74. En opinión de la Administración General del Estado estas limitaciones al acceso al personal de nuevo ingreso tiene carácter de norma básica al amparo de los artículos 149.1.13.a y 149.1.18.a, y que afectan igualmente al personal interino y laboral temporal, son de aplicación a estos procesos de reinternalización de servicios públicos, pues suponen también un modo indirecto de aumentar la plantilla de personal de la entidad y podría afectar igualmente a su masa salarial (Informe de 14 de octubre de 2016, en respuesta a una consulta del Ayuntamiento de Ciudad Real)

75. FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., «Privatizaciones y remunicipalizaciones...», *op. cit.*, p. 63, lo señala como elemento clave a la hora de decidir.

A fin de resolver las distintas cuestiones que dicha cuestión plantea, conviene partir de dos elementos de reflexión: el primero, relativo a que esas limitaciones vienen referidas, y así están pensadas en la legislación presupuestaria, a la incorporación de personal de nuevo ingreso, mientras que estos procesos de reinternalización de servicios suponen una forma extraordinaria de incorporación de personal;⁷⁶ el segundo, que dichas normas también han de ser interpretadas en razón de la finalidad que persiguen las mismas, en conexión con el hecho de garantizar la estabilidad financiera y la estabilidad presupuestaria, por lo que, si es más eficiente la reinternalización del servicio, pareciera contrario a la finalidad de la propia norma que la misma impidiese dicha operación de reestructuración en la prestación del servicio.⁷⁷

Y, adicionalmente, deben ser tenidos en cuenta algunos pronunciamientos jurisprudenciales, a saber: de un lado, la STS de 21 de mayo de 2014 (ROJ: 3410/2014), que rechaza que las decisiones administrativas referidas a la ordenación del personal (clasificación de puestos de trabajo) tengan prevalencia sobre la aplicabilidad de la subrogación en las relaciones laborales cuando se dan los supuestos establecidos para la misma; de otro, la STS de 3 de febrero de 2015 (ROJ: 979/2015), que hace una interpretación restrictiva en la aplicación de las tasas de reposición de efectivos por excepcionar lo dispuesto en el artículo 70 TREBEP argumentando, además, que por esa razón, donde dice «contratación», «nuevo ingreso», «incorporación», no podemos entender comprendidos un supuesto de cambio en la calificación jurídica de un contrato ya existente, aunque dicho cambio conlleve un cierto –pero muy limitado– aumento de costes; o, por último, la STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2015 (ROJ: 11967/2015) que, asimismo, mantiene que han de interpretarse restrictivamente esas limitaciones por ser normas que limitan el ejercicio de derechos laborales reconocidos en el ET y en las directivas comunitarias.

De esta forma, en opinión de MAURI, que compartimos plenamente,⁷⁸ la oferta de empleo público y el resto de instrumentos organizativos disponibles por la Administración no pueden ser un obstáculo a que dichas incorporaciones, por aplicación de la normativa laboral y comunitaria, se produzcan.⁷⁹

76. Así lo apunta MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 105, que recoge las sentencias que se citan en el texto. En el mismo sentido, puede verse la sentencia n.º 303 de 31 de julio de 2017 del JCA n.º 1 de Alicante.

77. Dicha reflexión es también defendida por MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «La remunicipalización de servicios», *op. cit.*, para quien si el objetivo de las leyes de presupuestos y de estabilidad presupuestaria (tanto la LOEPSF como la LRSAL) es el mismo, garantizar la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera conteniendo el gasto público, no puede ser que unas leyes conminen a las administraciones a prestar los servicios de la manera más eficiente y sostenible entre las formas de gestión directa e indirecta, pero si resulta acreditado que la más eficiente es la gestión directa, esta no pueda llevarse a cabo por no poder contratar al personal que haya de prestar el servicio. También resalta dicho aspecto la sentencia referida en la nota anterior.

78. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, pp. 106 y ss.

79. De hecho, y con estas pautas interpretativas, es como está operando un sector importante de nuestros tribunales. A título de ejemplo, cuando lo que se opone para la integración es el carácter funcional o laboral del puesto de trabajo. Pueden verse, a este

En conclusión, y a mi parecer, cuando acontecen en un supuesto concreto los requisitos exigidos para la aplicación de las normas laborales derivadas de las directivas comunitarias, o bien se produce una sentencia judicial que declara la aplicabilidad de la subrogación en las relaciones laborales mantenidas hasta el momento por la empresa privada, esas limitaciones derivadas, ya fuere de la tasa de reposición de efectivos, ya se trate del resto de instrumentos organizativos previstos en el empleo público, o del incremento de la masa salarial, no habrían de ser de aplicación.⁸⁰

No faltan opiniones jurisprudenciales, bien que de instancias menores, en contra de lo expuesto. De esta forma, alguna jurisprudencia, de la que es representativa la sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Oviedo (ROJ: 1729/2016), estima que no puede procederse a la modificación de la plantilla incumpliendo los límites derivados de la tasa de reposición de efectivos.⁸¹ Resoluciones jurisprudenciales que confirman el necesario pronunciamiento de instancias jurisdiccionales superiores para dejar zanjada esta problemática.

La tramitación de la Ley de Contratos del Sector Público también nos puso de manifiesto distintas enmiendas que, a este respecto y de haber prosperado, hubieran complicado la realización de estos procesos.⁸² En efecto, las enmiendas pre-

respecto, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de septiembre de 2015 (ROJ: 3002/2015) y la de 13 de octubre de 2015 (ROJ: 3281/2015).

80. Idéntica opinión mantiene MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «La remunicipalización de servicios», *op. cit.*, que expresa que cuando procede la subrogación legal por concurrir los requisitos del artículo 44, impuesta por decisión judicial o acordada por la Administración sin esperar a la condena de los Tribunales, ha de asumirse al personal afecto al servicio de la empresa contratada que opte por ejercer su derecho de subrogación, aunque se supere el límite de la tasa de reposición de efectivos y, posteriormente, a medida que los límites de la tasa de reposición lo permitan, proceder a cubrir los puestos por un procedimiento que garantice los principios de acceso al empleo público, principios que se aplican igualmente en el caso de entidades públicas, como dispone la DA 1.a del TREBEP. Y añade, en cuanto al límite del techo de gasto, que no será en general un problema insalvable, porque los recursos para financiar los nuevos gastos directos que supone la prestación directa del servicio se verán compensados (en principio de manera excedentaria, al ahorrar los gastos del margen operacional del contratista y el IVA si hay un pago al concesionario sujeto a este impuesto y/o la diferencia del régimen fiscal aplicable al sector público con respecto al concesionario privado como el impuesto de sociedades, por ejemplo).

81. Argumenta la sentencia referida, admitiendo el recurso interpuesto, que «ello no se estima pueda ser interpretado para que, incumpliendo así lo establecido en la regla primera de ese artículo, se creen nuevas plazas en la plantilla municipal fuera de los límites allí fijados en la reposición de efectivos. Entenderlo de otro modo, y permitir así la creación de plazas dejando de lado todos los límites fijados en las normas sobre reposición de efectivos, implicaría un fraude de ley a lo así establecido en la norma, haciendo uso de dicha posibilidad (nombramiento de funcionario interino al amparo de la regla del número dos del citado artículo) para una finalidad distinta de lo allí establecido, que no es la de "creación" de nuevas plazas, sino únicamente la de nombramiento de funcionario interino para plaza y puesto previamente creado. Dicho en otros términos, la "creación" de plazas atañe a lo fijado en el número uno del art. 20, mientras que la mera actuación de nombramiento de funcionario interino se contempla en el número dos de ese precepto». Bien es cierto que, en el supuesto concreto, se trataba de la provisión mediante nombramiento interino que es impugnada por los trabajadores del servicio concesionado. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4, de 21 de diciembre de 2016 (ROJ: 1728/2016), en esta ocasión por impugnación de la convocatoria de provisión por un sindicato.

82. En el mismo sentido, 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?», trabajo aún no publicado, quien expone (la traducción es mía): «Pero no se trata solo de eso, las enmiendas así planteadas, en el supuesto de que se acaben incorporando en el articulado de la ley, presuponen la construcción de una norma de derecho interno contraria a la Directiva 2001/23/CE, y que en su tránsito ordinario deberá inaplicar por el juez nacional, ya que en la práctica hará imposible o muy difícil el ejercicio de los derechos sociales conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea bajo consideraciones de carácter presupuestario que no pueden ser conceptuadas como un motivo objetivo para obviar la aplicación del derecho comunitario. Puede resultar incluso paradigmático que una norma hecha para trasponer una directiva europea sobre contratación pública acabe entrando en una flagrante contradicción con una directiva europea sobre los derechos sociales de los trabajadores».

sentadas por los grupos parlamentarios socialista (enmienda núm. 799), Ciudadanos (enmienda 422) y grupo mixto (PdCAT, enmienda 964), curiosamente con idéntica redacción, proponían una disposición adicional nueva que obligaba de forma previa a la modificación de las relaciones de puestos de trabajo.⁸³

Las razones argumentadas por todos los grupos parlamentarios para su proposición, que tenían, en lo esencial, idéntica razón de ser y, sin duda, la mejor intención, eran las siguientes: se justificaba su propuesta en la necesidad de aportar seguridad jurídica y evitar la consideración equívoca de indefinido no fijo de los trabajadores⁸⁴ en estos procesos, para lo que era preciso, en opinión de los proponentes, el respeto a la legislación en lo referente a las relaciones de puestos de trabajo, a fin de posibilitar que se convocasen los correspondientes procedimientos con anterioridad a la terminación del contrato correspondiente.

Y es que la condición de indefinido no fijo, ciertamente avalada por alguna jurisprudencia, merece una reconsideración en estos supuestos, ¿pero es esta la solución? La solución, como veremos, no pasa por admitir que esa figura, verdadero cajón de sastre, sea de aplicación, sino simple y llanamente por respetar la aplicación de la directiva europea y su traslación al ámbito nacional en el artículo 44 ET, sin impedir a las entidades locales su potestad discrecional de elegir el modo en que prestan sus servicios, siempre que se sea más eficiente y sostenible.

De esta forma, la introducción de requisitos añadidos, como los que se establecían derivados de la legislación presupuestaria o de empleo público, añaden –y en algunos casos hacen inviable la recuperación mediante gestión directa de los

83. Disposición adicional (nueva). Garantía de la calidad del empleo en los supuestos de internalización de servicios o actividades: «Las entidades que integran el sector público solo podrán acordar la gestión directa, con sus propios medios o a través de una entidad vinculada o dependiente de las mismas con personalidad jurídica propia, de servicios públicos que viniera gestionando con anterioridad un operador económico al amparo de un contrato de servicios, de concesión de obras o de concesión de servicios, en caso de que no existan limitaciones y restricciones de índole presupuestaria en materia de crecimiento del número de empleados públicos o de su masa salarial que imposibiliten la sucesión de empresa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o la subrogación de dichas entidades en los contratos de trabajo celebrados por el operador económico que pueda contemplar el convenio colectivo de aplicación.

A tal efecto, y previamente a la adopción del correspondiente acuerdo, deberá recabarse informe favorable de la Intervención General correspondiente acerca de la existencia de dichas limitaciones y restricciones y de sus consecuencias.

Las entidades integrantes del sector público que acuerden gestionar directamente, con sus propios medios o a través de una entidad vinculada o dependiente de las mismas con personalidad jurídica propia, servicios públicos que viniera gestionando con anterioridad un operador económico al amparo de un contrato de servicios, de concesión de obras o de concesión de servicios, deberán, siempre que exista sucesión de empresa o subrogación en los contratos de trabajo con arreglo al convenio colectivo de aplicación, modificar las relaciones de puestos de trabajo en lo necesario para cubrir de manera indefinida los que sean objeto de los contratos, dentro de los tres meses anteriores a la extinción del contrato celebrado con el operador económico, no pudiendo, de no modificarlas en dicho plazo, asumir efectivamente la gestión directa de los servicios públicos de que se trate».

84. Otra enmienda presentada, en este caso, por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (enmienda núm. 161) establece, justo en la dirección contraria a las ya citadas, pero también en sentido errado, como veremos en apartados siguientes, que:

«Se adiciona un nuevo apartado 5 al artículo 293, que queda con la siguiente redacción:

5. En el supuesto de que, previos los trámites legales correspondientes, se produzca el rescate de la concesión previsto en la letra c) del artículo 292, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores con independencia de las limitaciones que respecto de las plantillas de personal pueda establecer la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Los trabajadores con contrato indefinido adquirirán la condición de indefinidos no fijos en las correspondientes plantillas de los entes del sector público, sin perjuicio de que en el plazo máximo de tres años se incluyan los puestos correspondientes en la Oferta de Empleo Público para su cobertura definitiva con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad de conformidad con lo dispuesto en la normativa reguladora de los empleados públicos».

servicios externalizados– nuevos límites a la aplicabilidad en el derecho interno de las previsiones establecidas en la norma comunitaria. Quizás era loable la intención, pero, al menos a mi parecer, era errado el camino, y soluciones alternativas como las que aquí se pondrán de manifiesto –y ha mantenido la propia legislación presupuestaria de 2017–, a pesar de sus contradicciones, pueden ofrecer una respuesta más adecuada a la problemática planteada.⁸⁵

La Ley de PGE para 2017 no ha hecho más que alimentar dudas sobre esta cuestión. No solo no aclara sino que considero que arroja enormes interrogantes sobre el problema referido. Me refiero, en concreto, a las previsiones contenidas en el apartado 2 de la disposición vigesimosexta de dicha ley.

La realidad es que el proyecto originario contemplaba una previsión que ha desaparecido en la redacción final, fruto de una enmienda transaccional,⁸⁶ y que flexibiliza su aplicación cuando la reinternalización del servicio se realiza en una sociedad mercantil pública, a saber: el cómputo a efectos de la tasa de reposición de efectivos en el proyecto originario sí computaba y no lo hace, en ciertos supuestos, en la redacción final. La inclusión de esa previsión en la redacción originaria, y con independencia de la eventual validez de la misma, imposibilitaba *de facto*, como podrá imaginarse, la viabilidad de dichos procesos. Aunque, como ahora veremos, la interpretación del apartado segundo de dicha disposición, si bien aparentemente flexibiliza el precepto, presenta una cierta y notoria confusión.

Y es que, en una primera aproximación a su interpretación, si en su redacción originaria pareciera que el personal afectado por estos procesos de reinternalización en sociedades públicas estaría afectado por la tasa de reposición de efectivos, no sucede lo mismo tras la enmienda aceptada, y en los supuestos excepcionados (es decir, que se produzca como consecuencia de una sentencia judicial o fruto de la convocatoria de procesos selectivos basados en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad), no serían de aplicación los límites que, a este respecto, opone la tasa de reposición de efectivos.

85. MAURI MAJÓ, J., «L'assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics...» expone, asimismo, que (la traducción es mía):

«Es evidente que en este planteamiento se priorizan de una manera abstracta, unilateral e indiferente de los límites presupuestarios a la incorporación de personal con independencia del objetivo último de contención o reducción del gasto público. Los procesos de internalización de los servicios no son *a priori* contrarios a la estabilidad presupuestaria y a la sostenibilidad financiera. Precisamente, la elección de una forma de gestión directa debe presuponer de antemano que los servicios se gestionan de la forma más sostenible y eficiente. Este es el presupuesto básico de toda modificación en las formas de gestión que deberá justificarse objetivamente. Por lo tanto, se están utilizando las limitaciones presupuestarias en materia de personal para impedir la internalización de servicios sin permitir, incluso, que las administraciones públicas puedan acumular las tasas de reposición de efectivos sobrantes de que puedan disponer para elegir un modo de gestión directa. El planteamiento sorprende por su brusquedad: la elección de una forma de gestión directa de servicios es contraria a las limitaciones presupuestarias en materia de personal. Este es un tipo de enmienda que debe considerarse lesiva del principio de autonomía local en su vertiente de potestad para organizar sus servicios».

86. La enmienda aceptada es la núm. 2387, del G. P. Socialista, realizada al apartado dos de la disposición adicional vigesimoséptima del proyecto de ley, que introduce un «no» simplemente para que no compute en la tasa de reposición de efectivos. La motivación dada a la enmienda es la que sigue: «Si bien se regulan de forma específica las responsabilidades cuando se incurre en cesión ilegal de trabajadores, en la disposición adicional trigesimoquinta hay que estar, ya que supone una vulneración de los principios de acceso al sector público, que tenga como consecuencia una penalización en el ámbito de la gestión, computando como personal de nuevo ingreso para la tasa de reposición. Si se contabilizan, alteran o impide cualquier planificación de recursos humanos mediante la oferta de empleo, y más si esta oferta es reducida, como viene siendo el caso en el sector público».

En su virtud, y por tanto, las consecuencias de un proceso de reinternalización de un servicio externalizado en una sociedad pública municipal determinarían: por un lado, que cuando se reinternalice el servicio, bien en la Administración propiamente dicha o en un ente instrumental que no se tratase de una sociedad pública municipal, el personal computase a efectos de la tasa de reposición de efectivos, lo que resulta contradictorio con el apartado primero de dicha disposición, que declara aplicable la sucesión de empresas en estos supuestos, con la salvedad de que no se adquiere la condición de empleado público; por otro, dicha previsión resultaría también un tanto contradictoria con lo previsto en el apartado primero, consistente en que solo en los supuestos excepcionados operaría la excepción al cómputo en la tasa de reposición de efectivos en el caso de sociedades públicas municipales.

Pero, como decimos, el precepto plantea numerosas dudas. Y es que resulta al menos sorprendente que, si se quiere aplicar el mecanismo subrogatorio en las relaciones laborales sin que compute a efectos de la tasa de reposición de efectivos, no quepa de forma exclusiva la constatación de las circunstancias y requisitos previstos en el artículo 44 del ET, sino que a esa solución solo cabría llegar mediante una resolución judicial o la realización de un proceso selectivo. Es obvio que, con ello, se añaden límites de dudosa validez a esa potestad de autoorganización de los servicios locales más allá de los previstos en las normas nacionales y comunitarias.⁸⁷

Mucho me temo que esa norma será reinterpretada por los tribunales nacionales, o con casi total seguridad por los comunitarios vía cuestión prejudicial, ya que, al menos, en mi opinión, resulta manifiestamente contraria a las previsiones establecidas en las normas comunitarias de aplicación el exigir un requisito añadido no previsto en las mismas e impedir la natural aplicación de los mecanismos subrogatorios. Por concluir, y en mi opinión, la exigencia del cumplimiento de la tasa de reposición de efectivos, cuando acontecen los requisitos previstos en la norma laboral,⁸⁸ para que pueda hacerse efectiva la subrogación en las relaciones laborales no es conforme a la norma comunitaria cuando no se trata de supuestos de reorganización administrativa excluidos de la directiva.

87. Espero que no sea así, porque podría tildarse de esperpéntico, pero, curiosamente, lo previsto en ese apartado segundo de la disposición adicional vigesimosexta conecta con alguna problemática surgida respecto de estos procesos en vía judicial. Me refiero, en concreto, a las sentencias anotadas en la nota 80, en las que se celebraba un proceso selectivo y el juzgado, aun a pesar de dicha circunstancia, entendía de aplicación el límite de la tasa de reposición de efectivos.

88. De hecho, ya surgen opiniones interpretativas respecto de ese apartado argumentando que dicha disposición parece que ha de interpretarse, en forma alternativa y para que adquiera un significado coherente, en el sentido de que el personal incorporado a una sociedad pública como consecuencia de la subrogación en las relaciones laborales si llega a producirse, una vez subrogado, un proceso selectivo presidido por el mérito y la capacidad para ser incorporado como empleado público no se computará a efectos de la tasa de reposición de efectivos, siempre que lo sea a una sociedad mercantil pública, lo que, por el contrario, sí sucedería si se incorporase, tras ese proceso, a la Administración o a otra entidad pública.

3.3.3. Límites derivados del territorio de prestación del servicio

Por último, interesa señalar un límite, que no es otro que el derivado de la posibilidad de que alguno de los elementos del servicio esté situado fuera del término municipal. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1991 referenciaba el artículo 46 del RSCL, «en el que para que proceda la municipalización de servicios dispone su número 1 apartado c) que se presten dentro del correspondiente término municipal o provincial, aunque algunos elementos se encuentren fuera de una u otros»; y en el mismo sentido ya se habían pronunciado las sentencias de 11 de diciembre de 1985 y 29 de septiembre de 1986.⁸⁹

También es doctrina reiterada que el territorio es el límite objetivo en el supuesto de la municipalización de los servicios (SSTS de 8 de noviembre de 1988 y de 9 de mayo de 1996), declarando que «la municipalización de servicios, sea o no en régimen de monopolio, tiene como límite objetivo el propio término municipal, y aunque se aduce que el apartado c) del citado precepto reglamentario permite que alguno de los elementos del servicio pueda estar fuera del término municipal, ello se refiere únicamente a la posible localización material de parte de las instalaciones en otro término municipal distinto a aquel a que extiende su competencia el titular del servicio, en ningún caso puede suponer por sí solo la autorización para rebasar el ámbito espacial de la prestación del servicio, pues la competencia municipal se circunscribe al territorio de su jurisdicción».

89. De sumo interés, respecto de este punto, es la STS de 26 de octubre de 2004, Sala Civil (Rec. 2859/1998).

4. Ámbito subjetivo de aplicación de las disposiciones relativas a la subrogación en las relaciones laborales: ¿son aplicables al sector público estos supuestos?

Ciertamente, y así se hizo referencia páginas atrás, uno de los problemas más relevantes cuando se adopta la decisión de recuperar la gestión directa de un servicio público que otrora, en su caso, fue externalizado, son las consecuencias y efectos que dicha decisión comporta para el conjunto de actores implicados en dicho proceso. Por supuesto, los trabajadores afectados que prestan su fuerza de trabajo en los servicios que se reinternalizan pueden ver afectadas sus condiciones de trabajo, pero también, y no de forma menos relevante, los propios municipios que llevan adelante dichos procesos que también han de plantearse el régimen jurídico en que queden los trabajadores procedentes de los servicios que se reinternalizan, y si se incorporan o no a sus plantillas a través de los mecanismos subrogatorios legal o convencionalmente previstos. No menos relevante será en qué condiciones lo realizan en el caso de que sean aplicables los mecanismos subrogatorios.

Pero para dar respuesta a esas cuestiones, lo primero que habremos de preguntarnos es en qué medida, bajo qué condiciones y con qué alcance son aplicables dichos supuestos al sector público.

4.1. La regla general establecida: aplicación universal con independencia de la naturaleza pública o privada de cesionario y cedente y de la causa de la cesión

Cabe comenzar refiriéndonos, en primer término, a que el mecanismo regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es trasunto de la normativa europea, que se plasma en la Directiva 2001/23/CE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE, 22 de marzo de 2001).

El artículo 44 del ET dispone que «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá la rela-

ción laboral con los trabajadores, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior». Ese cambio subjetivo en la figura del empleador va a tener como consecuencia, siempre que se den los requisitos establecidos, la «subrogación laboral» en las relaciones laborales que el antiguo empresario mantenía con los trabajadores. Y, lógicamente, en las cargas económicas, sociales y laborales de todo orden correspondientes. Se produce esa «sucesión de empresa [...] cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio» (art. 44 ET y art. 1.1.b de la Directiva 2001/23/CE).⁹⁰

Es por tanto esta una norma laboral, como tantas otras, tuitivas del derecho de los trabajadores a la estabilidad laboral también protegida, no puede olvidarse, constitucionalmente (art. 35.1 CE). Y es que el objetivo fundamental de esta regulación cabe situarlo en «garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario» (STJCE 340/2001, de 20 de noviembre, asunto Carlito Abler y otros), es decir, su *ratio ultima* viene a ser amortiguar las consecuencias sociales de los procesos de reestructuración y reorganización empresarial, instituyendo al efecto un conjunto de garantías cuyo denominador común es preservar, en la medida de lo posible, los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario.

Supone, como se está exponiendo, el mantenimiento de las relaciones de trabajo existentes en el momento de la transmisión. Nótese que se trata de una excepción a la regla general del derecho privado, en virtud de la cual el cambio de deudor presupone el consentimiento de la contraparte de la relación obligatoria, y encuentra justificación en el principio de estabilidad en el empleo, pues si la empresa o parte de la actividad desarrollada por esta, con sustantividad propia, continúa llevándose a cabo pese al cambio de empresario, han de mantenerse las relaciones laborales que existen con el cedente en la fecha de la transmisión y se traspasan de pleno derecho al cesionario, sin que tenga relevancia jurídica alguna la oposición del cedente o del cesionario.

Cabe decir, pues, y en primer término, que aunque la sujeción del sector público a la *ratio* de la norma está fuera de toda duda, el alcance de su aplicabilidad no deja de ser problemática, como ha puesto de relieve RODRÍGUEZ ESCANCIANO⁹¹ y confirma la propia disposición adicional vigesimosexta de la LPGE 2017 con su

90. Tanto esta institución como la prohibición de la cesión irregular de trabajadores del artículo 43 del mismo ET, a la que más adelante aludiremos, no se vieron directamente afectadas por la reforma laboral que se implementó en 2012, aunque sí indirectamente, al abaratare el despido.

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

alambicada redacción. Su aplicación en estos procesos no parece tampoco que sea inconstitucional a juicio del Tribunal Supremo.⁹²

Resulta asimismo relevante señalar que dicha directiva acoge un criterio amplio de empresa, y es que la amplitud del concepto «empresa» que establece la directiva se refleja en los términos utilizados por la norma, que se refieren a empresas «tanto públicas como privadas». Lo cierto, sin embargo, es que la propia directiva puede, en principio, inducir a una confusión cuando se refiere a los entes públicos como empleadores afectados por la regulación de los cambios de titularidad de la empresa, y es que, si bien afirma, como hemos dicho, la sujeción de todas las empresas «tanto públicas como privadas», el concepto de empresa podría no aplicarse a actividades de entes públicos en que no se persiguiera un fin productivo o directamente mercantil, al utilizar el concepto de «actividad económica». No obstante, la solución más razonable apunta a que la exclusión de los entes públicos de la misma no es posible, dado que, de inmediato, la directiva se refiere a «actividad económica, con o sin ánimo de lucro».⁹³

Así pues, el Tribunal de Justicia ha declarado que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de derecho público, en el caso de autos un ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 (véanse las sentencias de 26 de septiembre de 2000, *Mayeur*, C 175/99, Rec. p. I-7755, apartados 29, 33 y 34, y de 29 de julio de 2010, *UGT-FSP*, C 151/09, Rec. p. I-0000, apartado 23). Con anterioridad, el Tribunal de Justicia ya estimó que dicha directiva era aplicable a la transmisión de una actividad de ayuda a toxicómanos ejercida por una fundación, persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro (sentencia de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91, Rec. p. I-3189), y a la transmisión de una actividad de ayuda a domicilio de personas desfavorecidas, atribuida por un organismo de derecho público a una persona jurídica de derecho privado (sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Hidalgo y otros*, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237). Más recientemente, y en el mismo sentido, puede verse la SSTJUE de 20 de enero 2011 (C-463/09, asunto *Clece*) y 26 de noviembre 2015 (C-509/14, caso *Adif*).⁹⁴

92. Así lo declaró el TS (Social) en su sentencia de 30 de diciembre de 2013, en que expresa claramente la normalidad del instrumento cuando está previsto legalmente.

93. Cabe remitirnos aquí al trabajo de CALVO GALLEGOS, F. J., «Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público», *Temas Laborales*, núm. 114 (2012), pp. 205-226.

94. Concretamente, en el caso *Mayeur*, se refiere a una transmisión a un municipio de una actividad previamente ejercida, en interés de este, por una persona jurídica de derecho privado. En concreto, el origen del conflicto radicaba en la asunción por parte de la ciudad de Metz de las actividades de publicidad e información de los servicios que ofrece al público, hasta entonces ejercidas, en interés de ese municipio, por una asociación sin ánimo de lucro (APIM), esto es, una persona jurídica de derecho privado. En este supuesto, el TJUE entiende, para rechazar la exclusión del supuesto del ámbito de la directiva por el mero hecho de que tal actividad se ejerce sin ánimo de lucro o por razones de interés público (apartados 35 y 36), que: «la transmisión de actividades de que se trata no constituye una reorganización de estructuras de la Administración pública o una cesión de competencias administrativas entre administraciones públicas, en el sentido de la sentencia *Henke*. [...] En efecto, de la resolución de remisión se des-

La solución ofrecida de modo general por la directiva, por tanto, es claramente favorable a la inclusión dentro de su ámbito de aplicación de los entes públicos. No afecta, por decirlo de una vez, a los efectos subrogatorios establecidos en la misma para la protección de los derechos de los trabajadores, la personalidad pública del empresario cesionario.

Tanto la legislación presupuestaria de 2017, a la que aludiremos seguidamente, como las previsiones contenidas en la Ley de Contratos del Sector Público avalan, más si cabe, la aplicabilidad de las normas relativas a la sucesión de empresas a los sujetos públicos.⁹⁵

4.2. La excepción a la regla general: reorganizaciones administrativas y traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas

4.2.1. Los supuestos excepcionados de la directiva

La excepción a esta regla general surge en razón de otra circunstancia. Y tiene su origen, ahora sí, en la naturaleza del sujeto en relación con su «giro o tráfico administrativo», y se produce cuando el negocio jurídico, en cuya virtud se «traspasa» la titularidad, es estrictamente público y no contractual o convencional, porque se trata de lo que la directiva identifica como «reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas que no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva» (art. 1.1.c).⁹⁶

prende que la situación controvertida en el procedimiento principal constituye una transmisión de una actividad económica entre dos entidades distintas».

Y, en este sentido, el TJUE especifica lo siguiente (apartados 37 a 40): «En primer lugar, de la resolución de remisión se infiere que APIM era una asociación privada sin ánimo de lucro dotada de personalidad jurídica distinta de la de la ciudad de Metz. La circunstancia de que APIM fuera creada a iniciativa del alcalde de dicha ciudad, que sus dirigentes fueran cargos electos de esta y que el grueso de sus recursos estuviera constituido por subvenciones municipales no permite cuestionar el hecho de que APIM era una entidad distinta de la que se hizo cargo de sus actividades [...]. En segundo lugar, de la resolución de remisión se deduce igualmente que APIM ejercía sus actividades de publicidad y de información por cuenta de la ciudad de Metz en lo que respecta a los servicios que esta ofrece al público [...]. Tal actividad de servicios reviste un carácter económico y no puede considerarse una actividad propia del ejercicio del poder público».

95. Se adiciona, de esta forma, en su paso por el Senado, un nuevo número 3 al artículo 130 que expresamente establece que: «En caso de que una Administración pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general». La adición deriva de la aceptación de dos enmiendas, la 595 del GP Socialista y la número 252 del GP de Esquerra Republicana con el mismo texto e idéntica motivación, a saber: «Aportar seguridad jurídica a los licitadores, que en el caso de que una Administración tome una decisión unilateral como es la internalización de lo que hasta la fecha había sido un servicio externo, se encuentran con la obligación de asumir los elevados costes de finalizar al personal que hasta la fecha prestaba el servicio. Se trata simplemente de aplicar a las administraciones públicas las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados».

96. De todas formas, es preciso referirse a que los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la Administración pública, también se encuentran tutelados por la directiva, pues si se acogiera la interpretación contraria, según recoge la STJUE 343/98, de 14 de septiembre de 2000, dictada en el asunto Collino, «importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas podrían quedar privados de la protección prevista por la norma comunitaria».

De esta forma, la STJUE de 15 de octubre de 1996 (asunto C-298/1994, Henke) señaló que no opera la sucesión cuando se produce una reestructuración en las administraciones públicas, traspasándose determinadas funciones a otro ente u organismo público.⁹⁷

Aún así, hay algunos autores que entienden que dicha excepción no sería de aplicación en el ordenamiento español. En este sentido, VALDÉS DAL-REL ha planteado que el artículo 44 ET sería perfectamente aplicable a los supuestos de reorganizaciones administrativas y al traspaso de funciones entre autoridades públicas.⁹⁸ El razonamiento seguido por dicho autor es que el artículo 44 ET no se hace eco de dicha excepción, y el propio artículo 8 de la directiva permite que los Estados miembros establezcan disposiciones más favorables para los trabajadores, lo que, como ha señalado MAURI,⁹⁹ basándose en la STJUE de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-175/99), solo acabaría excluyendo la cesión de competencias administrativas propias del poder público, es decir, las funciones reservadas a personal funcionario en los términos establecidos en el artículo 9.2 EBEP.¹⁰⁰

En mi opinión, no cabe acoger la tesis enunciada por VALDÉS DAL-REL, y ello por distintos motivos. En primer lugar, porque siendo trasunto el artículo 44 ET de lo dispuesto en dicha directiva, el ordenamiento laboral se limita a adaptar el derecho interno a las previsiones de la directiva, no a definir el ámbito de aplicación de la misma; pero, en segundo lugar, por el propio efecto directo de la directiva, que no nos puede llevar a concluir que la no traslación al ordenamiento interno de la excepción ha de entenderse como una mejora de la protección que a los trabajadores otorga las previsiones establecidas en la directiva ampliando su ámbito de aplicación. Simplemente, el ordenamiento interno no se había pronunciado sobre este asunto hasta ahora, como tendremos oportunidad de exponer.

Ciertamente, y sin embargo, alguna jurisprudencia comunitaria se mueve en esa dirección planteándose cierta problemática a la hora de discernir cuándo estamos frente a una reorganización administrativa y cuándo estamos frente a un traspaso. Y es que, en este sentido, el propio TJUE (sentencia de 6 de diciem-

97. En este caso, la señora Henke prestaba servicios como secretaria del alcalde. Como consecuencia de la constitución de una agrupación de municipios a la que se encomiendan las competencias administrativas, es despedida. La sentencia niega la aplicación de la directiva, amparándose en su exposición de motivos, en la que figuran elementos finalistas de protección de los trabajadores ante situaciones económicas negativas, para llegar a la conclusión de que «no constituye una “transmisión de empresa”, en el sentido de la directiva, la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre administraciones públicas», en tanto que «dicha cesión del municipio a la agrupación de municipios solo afectó a actividades propias del ejercicio del poder público. Aun suponiendo que estas actividades incluyeran aspectos de carácter económico, estos solo podrían ser accesorios».

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 sentencia de 26 de septiembre de 2000, asunto C-175/99, Mayer, entendió que sí opera la directiva cuando la transmisión de actividad se produce de una persona jurídica sometida a derecho privado a otra de derecho público, especialmente cuando el servicio que se prestaba por aquella no puede entenderse, de entrada, como ejercicio de poder público.

bre de 2011, C-108/10, caso Scattolon), con relación a esta doctrina, ha afirmado (apartados 57 y 58) que:

Nada justificaría ampliar esa jurisprudencia en el sentido de que los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la Administración pública, no pudieran disfrutar de la protección que ofrece la Directiva 77/187 por el único motivo de que esa transferencia forme parte de una reorganización de dicha administración.

Y añade:

Es importante considerar al respecto que si se acogiera tal interpretación cualquier transferencia impuesta a tales trabajadores podría sustraerse por la autoridad pública interesada del ámbito de aplicación de la referida Directiva, invocando el mero hecho de que la transferencia forma parte de una reorganización de personal. De esa forma, importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podrían quedar privadas de la protección prevista por esa Directiva. Ese resultado sería difícilmente conciliable tanto con el texto del artículo 2 de esta, según el cual puede ser cedente o cesionario cualquier persona física o jurídica que tenga la calidad de empresario, como con la necesidad, habida cuenta del objetivo de protección social que persigue dicha Directiva, de interpretar las excepciones a su aplicación de manera estricta.

Si esto es así, debemos preguntarnos en este punto qué entendemos por reorganizaciones administrativas y por traspaso de funciones administrativas públicas. Excluidos los supuestos de privatización de empresas públicas o externalizaciones de servicios en las que se mantiene la titularidad de estos por el ente público a los que, desde mi punto de vista, sería de plena aplicación la directiva, GÓMEZ ÁLVAREZ ha entendido que solo cabría excepcionar la aplicación de la directiva en aquellos supuestos de reestructuraciones administrativas «puras», es decir, la reordenación de las actividades llevadas a cabo por una entidad administrativa, pasando a ser prestada por una unidad administrativa de la misma entidad o bien siendo transmitida la competencia para su realización a otra entidad pública creada ex profeso para la atribución de dicha competencia, o preexistente con anterioridad a la atribución de funciones.¹⁰¹ Habría que añadir, asimismo, que ello es así con independencia de la naturaleza jurídica pública o privada del ente cesionario y cedente.

En efecto, en el supuesto de que dicho servicio, aun prestándose por un sujeto de naturaleza privada, estuviese a cargo de una empresa municipal de titularidad íntegramente pública, quedarían excluidos los mecanismos de protección

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), pp. 33-52.

previstos en la directiva. Así pues, en estos supuestos, de nuevo estaríamos frente a una reorganización administrativa en la que el traspaso del personal se realiza hacia el ayuntamiento, es decir, se pasa de un modo de gestión directa del servicio mediante una sociedad de titularidad íntegramente pública a la prestación del servicio directamente por el ayuntamiento, y ello sin perjuicio de que, con posterioridad, el mismo procediese a prestar el servicio de modo indirecto externalizándolo.¹⁰²

Por otro lado, habría que excluir de la aplicación de las normas laborales, y por consiguiente de la directiva y del artículo 44 ET, a la relación de servicio de los funcionarios públicos y los distintos supuestos que la normativa de función pública prevé respecto de las situaciones administrativas de estos, por lo que estos no gozarían de la protección de la directiva.

En todos los demás casos, se da una sucesión universal en los derechos y obligaciones, laborales y de todo tipo, de la entidad pública cesionaria con respecto de la cedente que, inclusive, era así recogida en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales respecto de los supuestos de fundación pública del servicio (art. 88.2 RSCL).

Y es que, con independencia de los supuestos excepcionados, también previstos en el ordenamiento jurídico local (por ejemplo, fusión de municipios), es preciso poner de relieve que esas excepciones no pueden reconducirse a lo que hemos venido denominando remunicipalización de servicios públicos, en los que no operan dichas excepciones, dado que el personal que se traspa será en todos los supuestos personal sujeto a régimen jurídico laboral, ya que se trata de personal que presta sus servicios en empresas privadas. Lo que no quiere decir que no presente cierta problemática, pues aunque en principio, en esos supuestos excepcionados, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 9.2 del EBEP y 92 de la LBRL, únicamente se vería afectado personal funcionario, lo cierto es que, dada la confusión de regímenes jurídicos imperante en nuestras entidades locales, con mucha frecuencia nos encontraremos también con personal sujeto a régimen laboral.

De esta forma, y si hay que entender excluidos de la directiva los supuestos de reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas o el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas, no

102. Al respecto, la STSJ Andalucía (Sevilla) de 9 de febrero 2017 (Rec. 765/2016) argumenta que: «La Administración demandada queda exenta de aplicar los preceptos del Estatuto de los Trabajadores relativos a la Sucesión empresarial puesto que dicha Directiva en virtud de lo dispuesto en su art. 1.1 c) no considera el traspaso del personal de la empresa municipal y la cesión de activos y pasivos de la misma hacia el Ayuntamiento, como un traspaso a efectos de la Directiva mencionada y por tanto no estaría sujeta a los mecanismos previstos en el art. 44 ET pues tal precepto de la Directiva establece que no constituirán un traspaso, la reorganización administrativa de las autoridades públicas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas.

De modo que si entendemos que el caso que nos ocupa, más que ante una sucesión empresarial nos hallamos ante una reorganización del servicio, no le es de aplicación lo reclamado por el recurrente en virtud del art. 44 ET o de su Convenio Colectivo. Los preceptos relacionados con la Sucesión de empresa, en cambio sí serían de aplicación al resto del personal de AJEMSA que fue absorbido por AQUALIA personal que si formaba parte de la explotación del ciclo del agua, de contenido eminentemente económico, pero no para los 8 trabajadores que como el recurrente, quedaron sin integrar y cuyas funciones eran, o bien de inspección de servicios o de asesoramiento como el caso del actor».

cabe excluir, sin más, otros supuestos que, como acontece en servicios que han sido objeto de concesión por un organismo de derecho público, en la medida que su actividad no es propia del ejercicio del poder público,¹⁰³ o la transmisión de una actividad económica de una persona jurídica de derecho privado a otra de derecho público, no están excluidas de la directiva.¹⁰⁴

Es decir, en los supuestos en que la Administración recupera la competencia para ejercitar una actividad que previamente venía desempeñando un concesionario, si bien el artículo 1.1 c) de la directiva excluye de su ámbito de aplicación «la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas», como ya se ha dicho, el precepto ha sido interpretado por el TJUE en el sentido de que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de derecho público o una Administración no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la directiva, siempre que no se trate de tareas propias del ejercicio del poder público.

Y es que, como ha aclarado la doctrina laboralista, de lo expuesto se deriva «que el término empresas está empleado en un sentido amplio que parece designar a cualquier persona física o jurídica que desarrolle una actividad económica, esto es, que participe en la vida económica de un país, con independencia de que persiga o no la obtención de beneficios, de donde resulta que la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas queda excluida del ámbito aplicativo de la directiva, pues se trata de situaciones que no presentan una dimensión económica, en el sentido de que no son susceptibles de participación en la vida económica o solo con carácter accesorio, ya que implican ejercicio de

103. La sentencia de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-175/99, Mayer) afirmó que sí opera la directiva cuando la transmisión de actividad se produce de una persona jurídica sometida a derecho privado a otra de derecho público, especialmente cuando el servicio que se prestaba por aquella no puede entenderse, de entrada, como ejercicio de poder público.

104. El TS ha diferenciado la transmisión de empresas (art. 44 ET) de la sucesión de contratos o de mera actividad, considerando que en la sucesión de contratos tan solo opera la transmisión de personal y, en su caso, la subrogación empresarial, cuando en el convenio colectivo de aplicación se prevea expresamente que, al término de la contrata, todos los trabajadores que, dependiendo del empresario saliente, lleven prestando servicios en las dependencias de la empresa o institución principal que contrata pasarán a depender del nuevo adjudicatario del servicio, manteniendo sus condiciones laborales en idénticas condiciones a las que disfrutaban con la empresa cedente. Esto es, la subrogación en los contratos de trabajo actúa cuando la autonomía colectiva, en su ámbito de aplicación –se resalta por lo que más adelante se dirá– establezca la obligación de subrogación en los supuestos, sin más, de un cambio en la titularidad de la empresa o también en aquellos otros en que el pliego de condiciones así lo imponga como deber jurídico del nuevo contratista.

Caso contrario, lo único que acontece «es la finalización de una contrata que se extingue por el transcurso del plazo de concesión o adjudicación y la entrada de un nuevo empleador –sea un nuevo contratista o el empresario principal a quien revierte el servicio o actividad–, no ligado con el anterior por ningún título traslativo respecto de los elementos materiales y organizativos de la empresa». Dicho de otro modo, la jurisprudencia entiende que en el encadenamiento de contrataciones no hay en puridad transmisión, sino finalización de una y comienzo de otra diferente, «aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados sigan siendo los mismos», si bien esta doctrina ha de matizarse en virtud de la teoría de la transmisión de plantilla que la jurisprudencia viene aplicando a la sucesión de contrataciones cuando el soporte esencial de la actividad económica desarrollada sea precisamente la mano de obra transferida.

El Tribunal Supremo, asimismo, ha establecido, en doctrina unificada en su sentencia de 10 de diciembre de 2008, en síntesis, que las previsiones de un convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales no son aplicables a la empresa principal, dedicada a otra actividad distinta, que al finalizar la contrata con una empresa de limpieza decide asumir directamente la limpieza de sus centros de trabajo, dado que la empresa principal no se debe considerar incluida dentro del ámbito de aplicación de dicho convenio colectivo.

la autoridad inherente a los poderes públicos. Ello significa, *a contrario sensu*, que cualquier actividad desarrollada por las administraciones públicas que no entrañe ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos podrá quedar, en su caso, incluida en el ámbito aplicativo de la directiva, por cuanto que, incluso cuando nos situamos ante la prestación de servicios públicos que pretenden la satisfacción de intereses generales, aquellas presentan un contenido económico no accesorio que las hace susceptibles de ser explotadas por empresarios particulares». ¹⁰⁵

Se asume así por el TJUE un concepto amplio de actividad económica, extensivo a «cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado», incluyendo servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los operadores que sí actúan con ese ánimo.

Desde esta perspectiva, actividades como la gestión de instalaciones públicas de telecomunicaciones y su puesta a disposición de los usuarios, la limpieza o el mantenimiento o la gestión de actividades ligadas a la intermediación y al mercado de trabajo, quedan ubicadas en el ámbito de la directiva, permaneciendo al margen únicamente la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre administraciones cuando afecten a actividades propias del ejercicio del poder público; cuestión, por otra parte, lógica, si atendiendo a nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 del EBEP, han de realizarse únicamente por personal funcionario.

En conclusión, y a los efectos de aplicación de la directiva, y consiguientemente de la interpretación que haya de dársele al artículo 44 ET en este punto, no parece haber duda de su aplicabilidad en los procesos de reordenación del sector público, a salvo los supuestos excepcionados, y siempre que se den los requisitos establecidos para ello. En definitiva, la circunstancia de que el servicio transmitido haya sido concedido por un organismo de derecho público o el cesionario de la actividad sea un organismo de derecho público no puede excluir la aplicación de la directiva cuando la actividad de referencia no es propia del ejercicio del poder público. La consecuencia necesaria es que hay que entender incluidos en la aplicación de la directiva: servicios que hayan sido objeto de concesión de un ente de derecho público, en la medida que su actividad no es propia del ejercicio del poder público. Y, *a contrario sensu* y sin perjuicio de lo que expondremos más adelante, habrá que entender excluidos: en primer lugar, los supuestos de reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas; en segundo término, el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas; y, por último, el supuesto específico de los buques marítimos.

105. REY GUANTER, S. del, MARTÍNEZ FONS, D. y 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. 224.

La doctrina del TJUE, lógicamente, ha sido asumida como propia por los tribunales españoles, que recogen en sus fallos referencias expresas a las sentencias comunitarias y reproducen parte de sus consideraciones, como puede verse en las SSTs de 27 de octubre de 2004, de 29 de mayo de 2008, de 10 de diciembre de 2008, o de 11 de julio de 2011 (que ya cita la fundamental sentencia de TJUE de 20 de enero de 2011).

Hasta aquí la situación hasta el momento, ya que la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017 abre ciertos interrogantes referidos a esta excepción y, en concreto, a la regla general de aplicabilidad de la sucesión de empresas.

4.2.2. La Ley de Presupuestos Generales del Estado 2017: ¿ampliación del ámbito de aplicación de la directiva y del ET?

Como hemos expuesto más arriba, una de las cuestiones que planteaba la excepción a la regla general era qué había de entenderse por «reorganización de autoridades administrativas», pero la disposición adicional vigesimosexta de la LPGE de 2017 plantea una problemática añadida, a saber: si se ha ampliado o no, reduciendo el alcance de la excepción a la regla general, el ámbito de aplicación de la directiva.

En efecto, la disposición adicional vigesimosexta, además de establecer que no habrán de considerarse empleados públicos los trabajadores procedentes de contrata, declara la aplicabilidad de la sucesión de empresas al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración pública. También en este supuesto se rechaza que puedan adquirir la condición de empleado público.

Ahora bien, estos supuestos, referidos en el subapartado *b)* del apartado 1 de dicha disposición, son claramente ejemplos de reestructuración de la organización administrativa que, en algunos de los casos, podrían considerarse excluidos de la aplicación de la citada directiva por tratarse de reorganizaciones administrativas. Baste señalar, a estos efectos, los consorcios como entes públicos, de carácter instrumental, que asumen el ejercicio competencial concurrente de distintas administraciones públicas y la propia doctrina establecida en la sentencia de 15 de octubre de 1996 del TJUE (asunto C-298/1994, Henke).

Pues bien, en estos casos no parece que haya duda de que se amplía el ámbito de aplicación de la directiva, que ya no va a verse restringida, al menos no se aclara, a los supuestos en que estemos en presencia de una actividad económica prestada mediante un servicio externalizado (subapartado *a)*, apartado 1, disposición adicional vigesimosexta), sino que se amplía a otra serie de supuestos que acontecen en

los procesos de reestructuración del sector público, ya se trate de cambios en la forma de gestión de servicios públicos o de la supresión de organismos instrumentales y asunción de las funciones que desempeñan por el ente matriz.

Se trataría, si quiere verse así, de la trasposición de esa directiva en el sector público respecto del ámbito de aplicación de la misma en las que el traspaso de funciones entre autoridades administrativas (como sucede en el consorcio), con el alcance establecido en dicha disposición adicional vigesimosexta, no vetaría de forma absoluta la aplicabilidad de la misma a salvo de la no adquisición de la condición de empleado público. Ha de anotarse que ahora no se trata, como acontecía en las normas que abordaron la reestructuración del sector público estatal o autonómico, de una norma de vigencia indefinida pero de carácter singular, sino de una norma de vigencia igualmente indefinida y de carácter básico (con lo que de contradictorio tiene que se realice a través de una norma presupuestaria) y, por ello, de aplicación general a todas las administraciones y entes públicos.

Todo ello sin perjuicio de que, lógicamente, el personal integrado dentro de estos servicios que ya tuviera la condición de empleado público (funcionario o laboral) por haber sido adscrito a los mismos, conserve dicha condición sin que le sean de aplicación las limitaciones a este respecto previstas en dicha disposición.

4.3. Las excepciones previstas en la legislación contractual de las administraciones públicas

La legislación contractual de las administraciones públicas, y en concreto su artículo 301, establece una previsión que podría oponerse, solo en ese supuesto, a la subrogación en las relaciones laborales.

En efecto, el apartado 4.º del artículo 301 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), establecía que a la extinción de los contratos de servicios no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante.¹⁰⁶

Nótese, en primer término, que dicha disposición se refiere exclusivamente a los contratos de servicios, no a los de gestión de servicios públicos como los que

106. El artículo 308.2 de la Ley de Contratos del Sector Público contempla también dicha previsión, en forma más completa, estableciendo que: «En ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores.

A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista».

Dicha redacción es producto de la admisión de una aceptación de la enmienda transaccional procedente de la enmienda 584 del GP Socialista que justificaba la misma, en que se pretendía garantizar el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público y prevenir la utilización de figuras con finalidad diferente para configurar la plantilla de las entidades públicas.

aquí se están tratando. Por otro lado, es preciso poner de manifiesto, como ha puntualizado ALFONSO MELLADO, que dicha disposición no puede impedir la aplicación, en su caso, del artículo 44 ET, al ser este trasunto de la normativa comunitaria que deriva imperativa y, por ello, ha de entenderse como una norma de carácter general que lo que impide es la «consolidación» como personal del ente público, pero no que, en su caso, siga prestando servicios.¹⁰⁷

Más adelante, *in extenso*, nos ocuparemos de ello al abordar la cesión ilegal de trabajadores.

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 supuesto típico de sucesión de empresas: subrogación *ope legis* en las obligaciones laborales

En realidad, y conviene aclararlo desde el principio, son cuatro los supuestos en que se plantea la obligación de subrogación en las relaciones laborales que se mantienen con los trabajadores con ocasión de esos procesos: la sucesión de empresas derivada del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores; la denominada sucesión de plantillas, una figura fundamentalmente de creación jurisprudencial, que deslindaremos de la anterior a efectos expositivos, que ha evolucionado a lo largo del tiempo a través de una interpretación extensiva del contenido del precepto estatutario; la subrogación que se deriva de un convenio colectivo que prevé dicha obligación; y, por último, la subrogación como consecuencia de las previsiones contenidas en los pliegos de cláusulas administrativas derivados de una contratación pública o del incumplimiento del propio contrato en la denominada «cesión ilegal de trabajadores».¹⁰⁸ Ninguno de ellos ha sido pacífico en su aplicación.¹⁰⁹

Bien es cierto que, como ha expuesto con rigor MAURI, la apreciación del primero goza de absoluta preferencia sobre el resto, con lo cual el resto de supuestos solo opera en defecto o en ausencia de alguno de los elementos característicos de la sucesión de empresas. Tampoco sus efectos son idénticos en los casos de subrogación pactada convencionalmente o impuesta a través del pliego de condiciones administrativo y así la STS de 20 de febrero de 2004 trata de evitar que la imperativa asunción por el nuevo contratista de la plantilla del anterior se considere como una transmisión *ex artículo 44 ET*, y por tanto, que se excluya la aplicación del régimen jurídico *ad hoc* previsto en el convenio o pliego de condiciones administrativo, a favor del más riguroso régimen legal que «no implica solo el mantenimiento de los contratos, sino la conservación de su contenido contractual y, sobre

108. Respecto de todos estos supuestos y sus consecuencias en el sector público local, hay que hacer mención del trabajo de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. y ORTEGA JIMÉNEZ, P., «Sucesión de empresas y cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública», Número extraordinario de la *Revista de Estudios Locales* (2013).

109. La jurisprudencia de los juzgados y tribunales españoles sobre el tema es sumamente prolija y abundantísima, con pronunciamientos, en más de una ocasión contradictorios, que han motivado varias sentencias dictadas en recurso de casación para unificación de la doctrina (a título de ejemplo, la STS de 5 de abril de 1993, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina). Puede verse, con relación a los distintos tipos, la STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2013 (Rec. 6259/2012).

todo, la aplicación de un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social».¹¹⁰

Refiriéndonos, en primer término, al mecanismo regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, como ya se dijo antes, el objetivo de la norma es minorar las consecuencias que las reorganizaciones empresariales, en nuestro caso con intervención de sujetos públicos, tienen sobre los trabajadores. Se trata, por tanto, de establecer con la regulación un conjunto de garantías que preserven los derechos de los trabajadores con independencia, como hemos visto, de la naturaleza pública o privada de cesionario y cedente.

Los requisitos para que opere el citado mecanismo, que tiene efectos *ex lege*, lo son con carácter cumulativo y los analizaremos seguidamente. La STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09, apartado 29) recuerda, además, que la interpretación de los conceptos contenidos en la norma comunitaria ha de ser lo suficientemente «flexible» para responder al objetivo de la Directiva 2001/23 de «proteger a los trabajadores por cuenta ajena en el caso de transmisión de empresa».

Si en el apartado cuarto analizábamos el elemento subjetivo preciso para la aplicación de la sucesión empresarial en aquellos supuestos en que el cesionario era una administración pública, procede ahora que demos cuenta de los requisitos objetivos exigibles para que opere tal sucesión.

5.1. Cambio de titularidad de la empresa de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma

Si, en primer lugar, advertíamos de los problemas que plantean este tipo de procesos de reestructuración en el sector público, inmediatamente después es preciso hacer referencia a que ese cambio de titularidad ha sido interpretado jurisprudencialmente de forma muy amplia, admitiendo cualquier acto o hecho, *inter vivos* o *mortis causa* que, en la práctica, determine el traspaso de una entidad económica.¹¹¹ Y es que la jurisprudencia comunitaria, y con ella la española, se ha decantado por una interpretación finalista o teleológica de la delimitación de la causa de la transmisión, exigiéndose exclusivamente el cambio de titularidad

110. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 92, también se refiere a que tampoco los efectos son los mismos, ya que la sucesión legal se transforma en una verdadera obligación de subrogación que se impone por ministerio de la ley a las empresas y los trabajadores. La subrogación convencional presupone también una obligación de subrogación, pero solo en los términos y las condiciones que se pueden haber fijado en el correspondiente convenio, y siempre sujeta a sus límites, formalidades y entrega de la documentación pertinente. La subrogación contractual ha de producirse siempre en los estrictos términos acordados en pliego de condiciones del contrato, y en principio debería aceptarse por los propios trabajadores interesados.

111. Y es que, como exponen REY GUANTER, S. del, MARTÍNEZ FONS, D. y 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, resulta irrelevante a tales efectos que el cambio de titularidad de la entidad económica sea o no voluntario, sin que tampoco se exija la existencia de una relación de tracto directo entre empresario cedente y cesionario ni la transmisión de la propiedad, aplicándose el régimen jurídico de la transmisión a todos los supuestos de cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que, por cualquier título, contrae las obligaciones de empresario.

como hecho, al margen de la causa o forma en que esta haya tenido lugar.¹¹² Cualquier tipo de negocio traslativo, inclusive un mero poder de explotación temporal, sin que sea necesaria la existencia de un tracto sucesivo directo, es causa suficiente para que opere el mecanismo subrogatorio.

Interpretación finalista que, sin embargo, no subyace para el sector público en la disposición adicional vigesimosexta de la LPGE de 2017, que solo establece un conjunto de supuestos para que esta opere. En efecto, dicha disposición establece la aplicabilidad de la sucesión de empresas, en el caso de contrata, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos. Solo en estos supuestos sería de aplicación la sucesión de empresas como consecuencia de la finalización de una contrata, lo que tendría la consecuencia, discutible a tenor de la jurisprudencia comunitaria, de su no aplicación en otros supuestos que pudieran imaginarse (bien es cierto que es difícil de imaginar otros).

Por otro lado, y en relación con los consorcios públicos, respecto de la disposición adicional antes citada declara que en su aplicabilidad es preciso distinguir la adscripción del consorcio a una nueva Administración, como consecuencia de las previsiones legales en este punto (art. 118 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público), de la extinción de este y su correspondiente integración en la Administración a la que se adscribe que siga prestando esos servicios. En efecto, en el primero de los supuestos no hay cambio de titularidad alguna, ni extinción del ente instrumental ni integración de este en el ente matriz al que estaba adscrito, sino simplemente asimilación de un régimen jurídico para evitar que el personal proveniente de los entes consorciados se someta a condiciones laborales distintas. Simple y llanamente eso. Lo que no quiere decir, ni mucho menos, que tal solución no presente numerosos problemas e interrogantes.

Es decir, operará el fenómeno subrogatorio del artículo 44 ET si se dan los requisitos para ello, lo establece el convenio colectivo o, por lo que aquí interesa, se determinase así en las previsiones adoptadas para la reestructuración por la ley. Pero no concurre ninguna de esas circunstancias en los casos de cambio de adscripción del consorcio, sino que en el caso analizado exclusivamente se es-

112. Este cambio de titularidad, como decimos, ha venido siendo interpretado con gran amplitud y comprende cualesquiera tipos de transmisión; ha de entenderse referido a cualquier especie o figura jurídica, tanto directa como indirecta, sin que sea necesaria la transmisión al nuevo empleador de la propiedad de los bienes que constituyen la empresa, sino la capacidad de dirección y gestión, esto es, la titularidad en la explotación del negocio. Por consiguiente, dicho cambio de titularidad puede producirse con fundamento en cualquier título jurídico intervivos (cesión, venta, permuta, donación, arrendamiento de industria, venta judicial, fusión, escisión, etc.) o *mortis causa* (art. 49.1 g del ET) que suponga un cambio de empleador y que permita la continuidad de la actividad de la empresa, del centro de trabajo o de la unidad productiva autónoma transmitida. En torno al concepto de empresa puede verse MONEREO PÉREZ, J. L., *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, 1999. De esta forma, la sucesión de empresa es también aplicable en el caso de que se transfiera un centro de trabajo –unidad productiva con organización específica debidamente dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral (art. 1.5 del ET)– o cuando la transmisión afecte a una unidad productiva autónoma de la empresa o de un centro de trabajo (lo que la Directiva 2001/23/CE denomina «partes de empresas o centros de actividad»).

tablece una vis atractiva del régimen jurídico a fin de posibilitar unas mismas condiciones laborales.¹¹³

5.2. Lo transmitido ha de afectar a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria

Para que la transmisión se acompañe del efecto subrogatorio en las relaciones laborales que se mantenían, es preciso que tenga lugar una efectiva cesión de «partes individualizadas» de la entidad empresarial,¹¹⁴ «siempre que conserven su identidad» y que «lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado». Ha de «transmitirse una entidad productiva independiente», pues «la mera circunstancia de que las prestaciones realizadas sucesivamente por el antiguo y por el nuevo concesionario o adjudicatario de la contrata sean similares, no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad» (STJCE, de 10 de diciembre de 1998), lo que supone, al menos y en lo que aquí nos ocupa, que quede garantizada la eficiencia de la prestación del servicio público frente a los usuarios por un ente público.

Sin embargo, es preciso matizar tal afirmación. En cuanto hace al concepto de traspaso, la directiva considera como tal aquel que afecte a «una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria» (art. 1.1.b) de la Directiva 2001/23).¹¹⁵ De forma tal que, como indica MAURI con apoyo en la jurisprudencia de nuestros tribunales, la mera cesión de actividad no es una sucesión de empresas, es decir, la circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo gestor sean similares no es suficiente para afirmar la transmisión de una entidad económica y, por ello, concluye que,

113. Respecto de este asunto, puede verse mi trabajo «La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal», *RVAP*, núm. 99-100 (mayo-diciembre, 2014).

114. La STS de 14 de febrero de 2011 (Rec. 130/2010) se refiere a la transmisión de unidades productivas que asumen actividades segregadas pero donde hay independencia organizativa y funcional, que constituyen en su resultado un conjunto en cada caso de medios organizados, explotaciones económicas independientes, capaces de ofrecer bienes y servicios al mercado. Y argumenta el Tribunal Supremo que:

«Los procesos de descentralización productiva o segregación de actividades que inicialmente eran desempeñadas por la empresa matriz tienen su apoyo constitucional en el derecho a la libertad de empresa que consagra el artículo 38 CE, derecho que tiene sus límites, entre otros, en los concurrentes de los trabajadores y con los que tales decisiones de exteriorización productiva pueden colisionar. Se trata entonces de una decisión empresarial que ha de resultar respetuosa con los derechos de los afectados. Por ello el artículo 44.1 ET afirma la posibilidad de llevar a cabo esos procesos sin que signifiquen la extinción de las relaciones laborales de los trabajadores quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior.»

115. REY GUANTER, S. del, MARTÍNEZ FONS, D. y SERRANO OLIVARES, R., *op. cit.*, p. 227, indican que la «empresa», a efectos de la aplicación de tales normas, se define como el conjunto de elementos de variada condición y naturaleza que, debidamente organizados, posee como finalidad la explotación de una actividad económica (empresa-organización). Se excluye, así, de entrada, la noción de empresa como actividad del empresario, que puede ser objeto de transmisión (empresa-actividad).

como mínimo, ha de haber una transmisión de actividad, lo que no se produce, a título de ejemplo, si se ordena previamente el cese de dicha actividad o la supresión del servicio.¹¹⁶

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha remarcado como criterio decisivo la nota de la identidad, la cual puede apreciarse si el nuevo adquirente continúa realmente la explotación del transmitente o reanuda la actividad por este desarrollada, cuya concurrencia puede resultar de distintos elementos, como pudieran ser la entrega de elementos corporales e incorporeales, la transferencia de actividad o del personal o parte esencial de este (SSTJCE 24/1985, de 18 de marzo de 1986, asunto Spijkers; 171/1994 y 172/1994, de 7 de marzo de 1996, asuntos acumulados Merckx y Neuhuys; 340/2001, de 20 de noviembre de 2003, asunto Carlito Abler y otros; 460/2002, de 9 de diciembre de 2004, asunto Comisión contra Italia; 232 y 233/2004, de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados Nurten Güney-Görres y Gul Demir; 458/2005, de 13 de septiembre de 2007, asunto Jouini y otros, y 466/2007, de 12 de febrero de 2009, asunto Klarenberg).

5.3. Transmisión de los bienes que conformaban el activo utilizado para prestar el servicio público

Asimismo, para que opere el mecanismo subrogatorio, es preciso que se produzca la transmisión de una empresa, centro de actividad o unidad productiva que permita la continuidad de la actividad empresarial al transferirse el conjunto de los factores técnicos, organizativos y productivos que permiten dicha continuidad. De esta forma, si junto con la asunción del servicio por parte del municipio, se transmiten los bienes que conformaban su activo, no parece que haya duda de que ha de operar el mecanismo de subrogación previsto en el artículo 44 ET siempre que, asimismo, acontezcan el resto de requisitos establecidos en las normas que regulan esta.¹¹⁷

Por el contrario, en principio y si no va acompañado de sustrato material alguno, no entrarían en juego tales previsiones, por cuanto este precepto de la norma

116. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias...», *op. cit.*, pp. 89 y ss., con cita de jurisprudencia (entre otras la STS de 22 de julio de 2015), aunque también indica que otros pronunciamientos jurisdiccionales afirman la existencia de sucesión empresarial por reversión o rescate de la actividad cuando se recuperan los bienes que constituyen el sustrato objetivo de aquella actividad, aun en el caso de que no se continúe el servicio y se acuerde su extinción, pues lo contrario sería abrir una puerta al fraude al permitir a quienes utilizan esa forma indirecta de prestar los servicios desprenderse de las plantilla sin coste alguno. El autor (p. 91), con quien coincido en lo sustancial, entiende que este último planteamiento resulta discutible por tres motivos: por presuponer que el acto de extinción de un servicio es una decisión dada en el propio interés y no en función del interés general, que ha de estar orientada por los criterios de sostenibilidad y eficacia; en segundo lugar, por condicionar seriamente la potestad organizadora de la Administración. Por último, entiende que dicha doctrina no distingue entre servicios obligatorios y actividades conexas y posibles, con lo que puede terminar imponiendo a la Administración la interiorización de una serie de servicios que no pueden considerarse propios de la actividad administrativa, como los servicios de restauración o cafetería (cita a estos efectos la STSJ de Madrid, de 4 de diciembre de 2012).

117. De esta forma, en aquellos supuestos en los que esos medios no hayan sido aportados por la Administración, sino por la empresa concesionaria, sí se darían los supuestos de sucesión empresarial y, por tanto, deben subrogarse los contratos laborales. En caso contrario, si hubiera sido la Administración la que hubiera aportado inicialmente los elementos patrimoniales, no se produciría el supuesto previsto en el artículo 44 del ET en caso de que decidiera asumir de forma directa la prestación del servicio.

laboral señala que la asunción por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior se encuentra condicionada a que medie la transmisión «de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma». Este ha sido, por tanto y según la doctrina clásica de nuestros tribunales, un elemento fundamental para que se produzca el efecto subrogatorio en las relaciones laborales, a saber: que se realice una «transmisión de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura y organización empresarial básica de la explotación» (STS de 26 junio 2002).

De esta manera, y con el objetivo de precisar la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación del régimen jurídico de la directiva, el órgano judicial europeo ha señalado una serie de parámetros a tener en cuenta, y las distintas variables en cada caso concreto, a saber: «Todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente» (entre otras, SSTJCE 24/1985, de 18 de marzo de 1986, asunto Spijkers; 13/1995, de 11 de marzo de 1997, asunto Sützen; 234/1998, de 2 de diciembre de 1999, asunto Allen y otros, o 460/2002, de 9 de diciembre de 2004, asunto Comisión contra Italia).

En su consecuencia, cuantos más elementos de los descritos más arriba concurren en el supuesto de hecho que se analiza, mayor será la probabilidad de que se declare la existencia de una sucesión de empresas de la prevista en el artículo 44 ET. Pero debe aclararse que estamos en una situación en que hay que estar, como puede intuirse, al caso concreto, y de ahí la disparidad de resoluciones jurisdiccionales que, en unos supuestos, niegan la concurrencia de los requisitos precisos,¹¹⁸ mientras en otros los admiten.¹¹⁹

118. Así ha sucedido, a título de ejemplo, en la asunción directa por el ayuntamiento del servicio de mantenimiento y vigilancia de albergue municipal (STSJ Murcia, 27 de marzo 2007, Rec. 70/2007) o de la ejecución del servicio público de limpieza realizado por anterior empresa concesionaria (SSTS 17 de junio 2011, Rec. 2855/2010; STSJ Madrid, 26 de febrero 2014, Rec. 1639/2013; STSJ Castilla-La Mancha, 27 de septiembre 2012, Rec. 939/2012; SSTSJ Andalucía/Granada, 22 de mayo 2013, Rec. 670/2013; y 6 de julio 2011, Rec. 1401/2011; STSJ Andalucía/Granada, 16 de julio 2014, Rec. 1134/2014), o, como consecuencia, de la recuperación de los servicios de piscina e instalaciones deportivas (STSJ Comunidad Valenciana, 31 de octubre 2012, Rec. 2231/2012) de la asunción directa por el ayuntamiento de servicio de conservación de parques y jardines (STSJ Madrid, 4 de noviembre 2013, Rec. 1102/2013).

119. Es el caso de la recuperación del servicio de guardería por parte de un ayuntamiento (STSJ Galicia, 1 de septiembre 2005, Rec. 2382/2005) o el que se expone en la más reciente STSJ de País Vasco, 21 de julio 2015 (Rec. 1300/2015) en el que se abordaba la reversión en un ayuntamiento del servicio de limpieza pública viaria, y es que razona la sentencia que, en el supuesto enjuiciado, el ayuntamiento asumió tres elementos fundamentales del servicio de limpieza viaria de Pasaia. «En primer lugar, recobró la

De esta forma, se ha declarado la aplicación del artículo 44 ET en casos de reversión de servicios como los de gestión y explotación de un centro residencial, de un servicio de grúas municipales, de explotación de un centro para la tercera edad, de un *camping* municipal, de un palacio de exposiciones y congresos, etc., en la medida en que reviertan al ayuntamiento las instalaciones, bienes y elementos organizados para continuar la actividad o, en su caso, en la medida en que el ayuntamiento continúe prestando el servicio con los mismos trabajadores. Y, por el contrario, se ha rechazado la aplicación del artículo 44 ET cuando el rescate o reversión de la gestión o prestación del servicio público no va acompañada de la transmisión al ayuntamiento de la entidad organizativa necesaria para desarrollar dicha actividad (STJUE 20-1-2011, C-463/09, asunto CLECE).¹²⁰

Bien es cierto que el Tribunal de Justicia ha señalado, asimismo, que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad, independientemente de la operación de que es objeto, no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente

disponibilidad sobre las instalaciones y dependen de su propiedad las utilizadas en la ejecución del servicio. En segundo lugar, recibió del adjudicatario los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación, como son los vehículos, la maquinaria y los equipos empleados en la prestación del servicio, que aquel había adquirido y tenían un importante valor económico, abonándole, además, 123.221,35 euros, cantidad que restaba por amortizar respecto a la maquinaria comprada para la ejecución del contrato. En tercer lugar, la entidad local incorporó a 12 de los 15 peones adscritos a la contrata. En lo que respecta a la toma en consideración de este último factor, se puede oponer que el Ayuntamiento no contrató a los 12 peones en régimen laboral, sino que les nombró funcionarios interinos, después de superar las pruebas selectivas convocadas al efecto, pero frente a esta objeción hay varias circunstancias que impiden otorgar virtualidad enervatoria de la sucesión empresarial a ese dato».

120. Bien es cierto que, como expone PUEBLA PINILLA, A. de la, «Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho*, núm. 17 (mayo 2016), en algún caso se ha suscitado la cuestión de si puede o no apreciarse sucesión empresarial cuando la finalización de la concesión y la decisión de la Administración pública de seguir prestando el servicio directamente supone la reversión a la Administración pública de las infraestructuras o elementos productivos que fueron cedidos o puestos a disposición del concesionario por la propia Administración pública. De acuerdo con la autora:

«No puede dejar de advertirse que esta solución judicial se apoya en una interpretación que contradice abiertamente la doctrina del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo que, en numerosas ocasiones, han reiterado que no es necesario que cedente y cesionario se transmitan la propiedad sobre las instalaciones, medios o elementos que integran la unidad productiva para que se aprecie transmisión de empresa. Lo relevante es el cambio en la titularidad de los poderes de disposición sobre la entidad económica. El hecho de que las instalaciones o infraestructuras pertenezcan a la empresa principal, la que externaliza, y las ponga a disposición de la empresa contratista para que desarrolle el servicio, no ha sido un obstáculo para apreciar sucesión de empresa. Muy al contrario, dicha circunstancia se ha considerado determinante para declarar sucesión de empresa cuando se externaliza y también cuando se recupera el servicio externalizado con recuperación de las instalaciones e infraestructuras.»

de forma estable (véase la sentencia Sützen, antes citada, apdo. 21).¹²¹ Con posterioridad nos referiremos a ello.

Es decir, y para concluir con estos requisitos objetivos, es preciso realizar un doble test: uno referido a la pervivencia de la actividad, que consiste en apreciar si tras la transmisión la entidad económica continúa existiendo o es retomada por el nuevo empresario con las mismas o similares actividades; el segundo, referido a la apreciación o no de otros elementos adicionales como el tipo de empresa o de actividad, si el nuevo empresario se hace cargo o no de la mayor parte de trabajadores, si se transmiten clientes o elementos patrimoniales, etc. En definitiva, habrá que estar a la concurrencia de los citados elementos en cada caso concreto para determinar si el personal que presta servicios para el sector público en una concesionaria, como consecuencia de reordenaciones de diversa índole, ha de ser subrogado o no, en qué forma y con qué alcance.

5.4. Los requisitos a nivel jurisprudencial para que proceda la subrogación en las relaciones laborales

El Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de marzo de 2013 (Rec. 3984/2011) haciéndose eco de la doctrina recogida en las sentencias de 28 de abril de 2009 (Rec. 4614/2007) y de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 4665/2010), en las que se citan abundantes precedentes tanto de la jurisprudencia comunitaria como de nuestra jurisprudencia, realiza un resumen de la doctrina jurisprudencial comunitaria y española distinguiendo, de un lado, los puntos que se refieren al hecho o acto de la transmisión de empresa y, de otro lado, los relativos al objeto de dicha transmisión.¹²²

121. De esta forma, el TJCE, Sala 3.ª, sentencia de 20 de enero de 2011 (n.º C-463/2009, asunto CLECE) se hace eco de dichas circunstancias al término de una contrata con un ayuntamiento, afirma la aplicabilidad al caso de la directiva, pero niega en el caso concreto que se produzca la sucesión.

122. Aún de forma más reciente, la STS de 9 de febrero de 2016 (ROJ: 1039/2016) explicita que, en el caso de las administraciones públicas, se han de tener presente los extremos siguientes:

«a) cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir aquella y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el art. 44 ET y en la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal (SSTS 06/02/97, Rec. 1886/96; [...] 27/06/08, RCU 4773/06; 30/05/11, RCU 2192/10; 11/07/11, RCU 2861/10; SG 23/09/14, RCO 231/13; FJ 8.C y SG 17/11/14, RCO 79/14);

b) siguiendo la misma doctrina hemos mantenido –tratándose de administraciones Públicas– que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 ET (SSTS 30/05/11, RCU 2192/10, para el servicio municipal de retirada de vehículos; 26/01/12, RCU 917/11, para servicio público asistencial);

c) pero que mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas –tratándose de contrataciones administrativas– cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, pues “esta circunstancia como es lógico obsta –por principio y conforme a la jurisprudencia antes referida– que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial alguna ex art. 44 ET” que pueda imputarse a la Administración pública (STS 21/04/15, RCO 91/14) (literalmente, STS SG 19/05/15 [RCO 358/14], asunto “Palacio de Congresos”). Criterio del todo coincidente con la STJUE 20/01/2011 [asunto “CLECE, SA”], supuesto en el que “con objeto de realizar directamente las actividades de limpieza de colegios y dependencias antes confiadas a CLECE, el Ayuntamiento de Cobisa contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por CLECE ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa” [apart. 40], resolviendo el Alto Tribunal comunitario que “la mera

En cuanto al objeto de la transmisión en los supuestos de sucesión de empresa, destaca el Tribunal Supremo los siguientes:

1) El objeto de la transmisión ha de ser «un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio».

2) Dicho objeto «no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial», reduciéndose «en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia a su mínima expresión», en tanto en cuanto «la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra».

3) De lo anterior se desprende que «un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción».

4) Por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa «si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y este asuma un número importante de trabajadores del anterior».

5) El mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida «continúe efectivamente» o que luego «se reanude».

En cuanto a los hechos o actos de transmisión, los puntos esenciales a destacar, a juicio del Tribunal Supremo, son los siguientes:

6) La expresión del artículo 44.1 ET «transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva» es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la directiva comunitaria vigente «traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad».

7) El acto o hecho de «transmisión de un conjunto de medios organizados» no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario.

8) Tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa.

9) Puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercer propietario, arrendador o dueño de la obra. Conviene reseñar dos puntos doctrinales más de carácter general de la jurisprudencia en la materia, que se desprenden en realidad de los ante-

asunción [...] por el Ayuntamiento [...] de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23* [apart. 42]».

rios, pero que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes.

10) Para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una empresa o unidad productiva «han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate», entre ellos «el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate», «el que se hayan transmitido o no elementos materiales, como edificios o bienes muebles», «el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión», «el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores», «el que se haya transmitido o no la clientela», «el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión» y «la duración de una eventual suspensión de dichas actividades».

11) La obligación de subrogación en las relaciones de trabajo («sucesión de empresa») generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera por imperativo de la ley (*ope legis*), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo.

6. La sucesión de plantillas

Se singulariza en el análisis que se está llevando a cabo este supuesto, que en realidad no es sino una variable jurisprudencial del anteriormente expuesto, cuyo significado se traduce en que puede constituir una entidad económica, cuando no existen otros factores de producción o, aun existiendo, no son relevantes, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común. Es decir, y como ya se apuntó, estamos frente a una matización de los requisitos señalados en el apartado anterior muy vinculada a las disposiciones establecidas en sede convencional.¹²³

La situación, hasta ese momento derivada de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde su sentencia de 13 de marzo de 1990, era que «ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas, a los efectos del reiterado artículo 44 del ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulada en dicho precepto, sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales». Caso contrario, lo único que acontece

123. Y es que, en opinión que compartimos, pone de relieve este aspecto 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 contratas (STS 12 de julio de 2010, Rec. 2300/2009 y STJUE 20 de enero de 2011, asunto C-463/09)», *Relaciones Laborales*, núm. 19 (Sección Comentarios de jurisprudencia, quincena del 1 al 15 oct. 2011, tomo 2, año 27), p. 789, quien señala que: «La remisión que efectúa la jurisprudencia de la sucesión de plantillas al régimen de la transmisión de empresa tiene el riesgo de confundir los efectos jurídico-laborales de una determinada sucesión de contratas con la definición del supuesto de hecho ideado en el art. 44 ET. La definición del art. 44 ET es literalmente orgánica, al abarcar en su apartado 2 las transmisiones de "medios organizados" a fin de llevar a cabo la actividad económica transmitida total o parcialmente. El diseño de cláusulas convencionales de subrogación en sucesiones de contratas donde no se transmiten "medios organizados" permite ampliar el efecto subrogatorio a un supuesto de hecho no planteado en la ley. La operación jurisprudencial de extender las garantías de la directiva 2001/23 y del art. 44 ET a estos supuestos no altera, a mi juicio, la definición legal del precepto, pues ello supondría una forzada extralimitación judicial, sino que aplica unos determinados efectos jurídicos a supuestos donde, en determinadas actividades, se traspasa una parte esencial de la plantilla en virtud de la propia subrogación convencional. La subrogación activa dichos efectos, pero no convierte la sucesión de contratas sin "medios organizados" en un supuesto del art. 44.2 ET porque, precisamente, este precepto exige la presencia de este elemento orgánico. Parece absurdo plantear que los trabajadores ejercen de "medios organizados" que transforman una sucesión de contratas en una transmisión del art. 44.2 ET y, si no hay, por tanto, medios organizados en la operación mercantil, no se da un supuesto de hecho legal de transmisión empresarial. La jurisprudencia puede extender, en clave garantista o teleológica, los efectos del art. 44 ET a cláusulas convencionales que traspasan plantillas en sucesiones de contratas, pero no forzar ni cambiar la clara definición orgánica del precepto».

«es la finalización de una contrata que se extingue por el transcurso del plazo de concesión o adjudicación y la entrada de un nuevo empleador –sea un nuevo contratista o el empresario principal a quien revierte el servicio o actividad–, no ligado con el anterior por ningún título traslativo respecto de los elementos materiales y organizativos de la empresa». Dicho de otro modo, la jurisprudencia entendía que en el encadenamiento de contratas no hay en puridad transmisión, sino finalización de una y comienzo de otra diferente, «aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados sigan siendo los mismos». Y esta doctrina, también conviene advertirlo, continúa aplicándose (por todas, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 19 de septiembre de 2012 [RJ 9985] y de 12 de febrero de 2013 [RJ 2119]).

Y es que, hasta fechas bien recientes, la jurisprudencia mayoritaria había venido defendiendo tradicionalmente una noción de empresa entendida como organización y no así como actividad del empresario. Ello suponía, esencialmente en los casos de empresas de servicios sin elementos patrimoniales relevantes necesarios para su prestación, la aplicación estricta de la noción de «empresa-organización» que era determinante para la exclusión de la existencia de transmisión de empresa en los casos de sucesión de contratistas, al no verificarse el traspaso de elementos del activo.

Pues bien, esta doctrina, a lo largo de los años consolidada, ha de matizarse en la actualidad en virtud de la denominada «sucesión de plantillas», que la jurisprudencia ha extendido en su aplicación a la sucesión de contratas, cuando el soporte esencial de la actividad económica desarrollada sea precisamente la mano de obra transferida. De esta forma, los tribunales españoles se vieron en la necesidad de tener que incorporar como elemento de juicio relevante a la hora de determinar la existencia de transmisión de empresa el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trata (empresa industrial, de servicios, etc.) y, en particular, a raíz de la línea jurisprudencial iniciada con el caso Sützen, atender al elemento de la transmisión de plantilla, esto es, al hecho de si el nuevo concesionario se ha hecho o no cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata.

Precisamente, en la ya citada STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09), se valoran los sectores en los que la mano de obra es el elemento esencial que sustenta la actividad de que se trata, señalando que en estos casos «un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea». Doctrina que ya se con-

tenía en la STJCE de 17 de marzo de 1997 (caso Sūzen, asunto C13/1995, en un asunto sobre limpieza de interiores). Y en igual dirección se pronunciaron las SSTJCE de 2 de diciembre de 1999, asunto Allen; de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00; de 20 de noviembre de 2003, asunto Sodexho. Y, en nuestra jurisprudencia, cabe citar también las SSTS de 29 de mayo de 2008, de 27 de junio de 2008 y la de 28 de abril de 2009.

Así, y a título de ejemplo, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, los elementos patrimoniales se muestran prácticamente como anecdóticos, pues es la mano de obra la circunstancia verdaderamente relevante a la hora de calificar y definir el servicio, de tal modo que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una organización común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción, debiendo ser asumida la plantilla por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra. A tenor de la doctrina que se expone, resulta perfectamente posible deducir que las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían, en sí mismas, una unidad productiva, en sentido funcional y técnico, con el objetivo de prestar un servicio público definido y delimitado, con la consecuencia necesaria de que un cambio subjetivo en su ejercicio integraría el supuesto de hecho del artículo 44 ET, y con ello operando el efecto subrogatorio en las relaciones laborales de quien se hace cargo del servicio objeto de concesión.

Esta interpretación extensiva esbozada por el TJUE en su día –aunque corregida de forma significativa en pronunciamientos posteriores– ha sido también asumida por el Tribunal Supremo para aquellos supuestos en los que el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del antiguo ente, sin que el hecho de que no se hayan aportado elementos materiales desvirtúe la calificación de lo sucedido para aquellos sectores que no exijan material e instalaciones importantes, sino que descansan esencialmente en la mano de obra. En este sentido, la doctrina, en primer término,¹²⁴ pero también los tribunales españoles, hicieron suya dicha opinión y, dejando a un lado su doctrina anteriormente consolidada,¹²⁵ admitieron esa noción funcional, también denominada sucesión de plantillas, pero con las mismas consecuencias que la sucesión de empresas,¹²⁶ que descansa en la idea de que en aquellos supuestos en

124. Baste señalar aquí el excelente trabajo 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 contrataciones y en las concesiones administrativas», *Relaciones Laborales*, 1986, tomo II, p. 68.

125. Por todas puede verse la STS, Social, de 16 de julio de 2003 (RJ 6113), aunque más recientemente también cabe aludir a la STS, Social, de 27 de enero de 2015 (JUR 68338).

126. La doctrina de la sucesión de plantillas fue forjada por la jurisprudencia comunitaria (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Sūzen; de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Sánchez Hidalgo Hernández Vidal; de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00 Temco Services Industries; y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/2001, Abler, entre otras) y fue asumida en España por la Sala de lo Social del Tribunal

los que el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del antiguo ente administrativo, el hecho de que no se hayan aportado elementos materiales no desvirtúa la calificación de lo sucedido para aquellos sectores que no exijan material e instalaciones importantes, sino que se apoyan esencialmente en la mano de obra.¹²⁷

Como se ha expuesto, dicha doctrina ha sido seguida por los tribunales españoles, y muestra de ello son las STSJ de Canarias (Las Palmas) de 16 enero 2009 (Rec. 129/2008) y la STS de 7 diciembre 2011 (Rec. 4665/2010),¹²⁸ de tal forma que nuestros tribunales hubieron de incorporar, como elemento de juicio relevante a la hora de determinar la existencia de transmisión de empresa, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trata (empresa industrial, de servicios, etc.) y, en particular, a raíz de la línea jurisprudencial iniciada con el caso Sützen, atender al elemento de la transmisión de plantilla, esto es, al hecho de si el nuevo concesionario se ha hecho o no cargo con una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata. Ciertamente, y se ha de poner de manifiesto, no sin ciertas vacilaciones.¹²⁹

Y es que, si bien se parte de que la aplicación del mecanismo subrogatorio no opera en los supuestos en los que el cambio de titularidad en la gestión del servi-

Supremo en sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (RJ 7162 y RJ 7202) y confirmada posteriormente por muchas otras (STS 28 de abril de 2009 [RJ 2997] y 7 de diciembre de 2011 [RJ 2012/106]), los casos del cambio de adjudicataria en la contrata de reactivos de cáncer en los hospitales del Servicio Andaluz de Salud).

127. Los requisitos para los cambios de adjudicataria en contratas se establecieron claramente en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013 (RJ 3649), que se refiere al «test de la sucesión de plantillas». Expone la Sala que «en el supuesto particular de sucesión de contratas o concesiones con sucesión de plantillas se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: (a) una empresa contratista o adjudicataria de servicios sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios por cuenta o a favor de un tercero; (b) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación con la empresa saliente, encargando a la entrante servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; (c) la empresa entrante ha incorporado al desempeño de la contrata una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la empresa saliente; y (d) el activo principal para el desempeño de los servicios es la mano de obra organizada u organización en el trabajo». En el caso concreto, y como consecuencia del análisis de dichos requisitos, la Sala declara la existencia de sucesión de empresas al contratarse a 14 de los 19 empleados y haberse traspasado la actividad sin que la organización del trabajo experimentara una variación sustancial y sin que los servicios prestados fueran sustancialmente distintos.

128. Más recientemente, RODRÍGUEZ 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) se ha mostrado crítica con esa doctrina al entender que esta interpretación judicial (excepcional) no deja de ser criticable porque, conforme venían señalando mayoritariamente los tribunales españoles a la luz de los estrictos términos del artículo 44 TRET, en una sólida doctrina, «lo decisivo para que exista subrogación empresarial no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa y asuma el personal, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir [...] desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno distinto del pago de la indemnización, recuperando los bienes que constituyen el *substratum* objetivo de la empresa», debiendo imperar el criterio más seguro que recoge el precepto estatutario.

129. De esta forma, la STS de 20 de octubre de 2004 (RJ 7162/2004) argumenta que: «Difícilmente, a juicio de esta Sala, puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento. La primera dificultad consiste en que el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión. En realidad, la incorporación "total o parcial" de la plantilla que se produce en estos casos nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía colectiva, que se orientan bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo, como ha sido el caso de las garantías contenidas en determinados convenios colectivos sectoriales, entre los que pueden citarse los de limpieza y seguridad».

cio público no vaya acompañado por la transmisión de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva, a no ser que la subrogación venga impuesta por el convenio colectivo aplicable –por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 12 del III CU del Personal Laboral de la AGE–, lo cierto es que, como se ha expuesto, esta tesis restrictiva ha venido modulándose tras los pronunciamientos del TJUE recogiendo,¹³⁰ a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, esa noción funcional de la transmisión y no centrandó su atención solamente en la concepción de empresa como organización, de conformidad con la cual «dicha entidad económica organizada, si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial».¹³¹

De dicha doctrina judicial se desprende que los requisitos precisos para que opere este mecanismo son los siguientes:

— Ha de producirse en sectores en los que su actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra (SSTJCE 11 de marzo de 1997, asunto Suzen, y de 10 de diciembre de 1998, asuntos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal).

— Es precisa la existencia de una continuidad en la relación con la plantilla preexistente («Identidad de plantilla») (STJUE 20 de enero de 2011, Ayuntamiento de Cobisa y María Socorro Martín Valor, asunto 463/2009).

— Se ha de asumir, «de forma duradera», una parte significativa, en términos cuantitativos y/o cualitativos, de la plantilla (SSTS 7 de diciembre de 2011, RJ 106/12 y 28 de febrero de 2012, RJ 4026).¹³²

130. REY GUANTER, S. del, MARTÍNEZ FONS, D. y SERRANO OLIVARES, R., *op. cit.*, p. 228, exponen, a este respecto, que por lo que se refiere en particular al elemento de la transferencia de personal o, en otros términos, al hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, conviene señalar que dicho elemento aparece tempranamente citado como criterio a tomar en consideración a la hora de valorar la existencia de una entidad económica en el asunto Spijkers. Sin embargo, es cierto que hasta el asunto Suzen tal elemento no se había llegado a aplicar a un supuesto de sucesión de contratistas en la misma actividad en cuanto elemento determinante para valorar la existencia de una transmisión. En el citado caso, el TJCE va a señalar que la directiva no se aplica a una situación de sucesión de contratistas en el servicio de limpieza de unas instalaciones si la operación no va acompañada de una cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial «ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata». Con tal planteamiento, el TJCE limita el margen de apreciación de los jueces y tribunales nacionales a la hora de valorar la concurrencia de una transmisión de empresa en los supuestos de empresas de servicios, al concebir el elemento del traspaso de plantilla como un elemento particularmente relevante en esa tarea de interpretación.

131. En torno a este punto puede verse GARATE CASTRO, J., «Descentralización productiva por medio de contratas 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 pie de página 19), señala que a estos efectos han de compararse los datos referidos a la actividad de la empresa (tipo, lugares y modos de la prestación), el número y porcentaje de los trabajadores que prestaban servicios en la antigua plantilla y que lo siguen haciendo en la nueva, y también los elementos cualitativos relativos a la identidad de aquellos trabajadores con facultades directivas o de mando o con cualificaciones profesionales específicas. Se ha entendido que es significativo, sin necesidad de ningún otro dato añadido, el que la nueva empresa asumiera dos trabajadores sobre un total de seis (STS 25-1-2006). Igualmente se ha afirmado que «[...] el hecho de que la recurrente ha empleado a 36 de los 46 trabajadores que ocupaba en la actividad la contratista anterior, siendo uno de los contratados el encargado general de control de personal y distribución de trabajos, revela que el conjunto de trabajadores empleados constituye una unidad económica que tiene su propia entidad porque la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Por ello, nos encontramos ante un supuesto de los llamados de "sucesión de plantillas", sin que el hecho de que la recurrente haya aportado maquinaria propia y elementos materiales desvirtúe lo dicho, porque no se ha probado la importancia de estas aportaciones materiales, mientras que sí consta el valor del factor humano, al haberse dado ocupación al 80 por 100 de la anterior plantilla, a la par que los trabajos de jardinería, mudanzas, peonaje, control de acceso y de circulación, así como los de facturación, no requieren por lo general una gran inversión en muebles y máquinas, sino, principalmente, en capital humano» (SSTS 7-12-2011 y 28-2-2012).

— Voluntariedad en la asunción de los trabajadores que se recoge de forma expresa en los pronunciamientos jurisdiccionales: «[...] obedece a su decisión o conveniencia» (STS 7 de abril 2016, Rec. 2269/2014); «queda en manos de la empresa entrante [...] asumir o no el todo o la mayor parte de la plantilla» (STS 22 de septiembre de 2016, Rec. 1438/2014).

En todos esos casos, *mutatis mutandis*, se produce el mismo negocio jurídico que se da en la mayor parte de supuestos de remunicipalización de servicios públicos.¹³³ Pero lo cierto es que las cosas distan de ser tan diáfanas, y este mecanismo, que también opera *ex lege*, ha visto matizado por el propio TJUE su factibilidad al cuestionar este, en reciente jurisprudencia, esos primeros fallos que no limitaban el mecanismo subrogatorio cuando lo que se traspasaba era esencialmente personal por las características del servicio (a título de ejemplo, por ser muy significativo, los servicios de limpieza). De esta forma, y como apunta RODRÍGUEZ ESCANCIANO,¹³⁴ el propio Tribunal Europeo, en pronunciamientos más recientes, ha procedido a matizar el contenido fundamental de esa noción funcional, entendiendo que la ampliación del radio de acción normativa de las garantías de la transmisión de empresa ante un contrato administrativo más allá de la aplicación de la Directiva 2001/23 podría llegar a ser considerada restrictiva de la libre competencia. De esta forma, la STJUE de 20 de enero de 2011 (que se suscita a petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha), declara que esta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada decide poner fin al contrato celebrado con esta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal, pues se trata de un sector intensivo en mano de obra en el que el ente municipal no ha asumido parte de la mano de obra.

A estos cuestionamientos de carácter general debemos añadir las dudas que plantean estos supuestos de sucesión de plantillas en el sector público. Como se ha expuesto, se exigen varios requisitos, pero uno de ellos, la asunción voluntaria de una parte importante de la plantilla, sin más, como una decisión unilateral de la Administración y sin la concurrencia de los requisitos establecidos para la su-

133. Y es que el hecho de que se trate de una decisión unilateral no desvirtúa que estemos en presencia de esta figura (STJUE 19 de mayo 1992, Redmond Stichting, C29/91, apartados 15 a 17; 14 de septiembre 2000, Collino y Chiappero, C343/98, apartado 34; 29 de julio 2010, C-151/09, Federación de Servicios Públicos de la UGT [UGT-FSP] y Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, María del Rosario Vecino Uribe, apartado 25).

En el derecho español pueden verse, a título de ejemplo, las SSTS de 30 de mayo de 2011, Rec. 2192/2010 26 de enero de 2012, Rec. 917/2011, y así se ha declarado con la asunción por parte de un ayuntamiento de un Hogar de Ancianos (STSJ Extremadura, 11 de diciembre 2014, Rec. 483/2014); o de un *camping* municipal (STSJ Andalucía/Sevilla, 13 de enero 2009, Rec. 1252/2008).

134. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La remunicipalización...», *op. cit.*, quien también se hace eco de la STJCE de 26 de noviembre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), ADIF/Algeposas Terminales Ferroviarios S. L. (asunto C-509/2014) en que sí se admitió la subrogación en una situación en la que una empresa pública (Adif), titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de esta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal.

cesión de empresas, es al menos cuestionable que pueda acontecer en el sector público con carácter general y respecto de todos los sujetos que lo componen, dados los principios y los límites que la actuación de los sujetos públicos presentan para la incorporación a las plantillas y puestos de trabajo de trabajadores externos a la misma.¹³⁵

La cuestión, como ya puede deducirse, no está hasta el momento resuelta ni pacífica ni definitivamente, ya que la prevalencia de una u otra tesis –admitir o no ese concepto funcional y con qué amplitud– será determinante para garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por esos procesos de remunicipalización de servicios públicos o para que, por el contrario, y en ausencia de subrogación, haya de acudir a los mecanismos previstos para los despidos colectivos.

135. PUEBLA PINILLA, A. de la, «Problemas laborales...», *op. cit.*, también realiza matizaciones a la aplicabilidad de estos supuestos a las administraciones públicas. Opina la citada autora que en aquellos supuestos en que dicha obligación viene derivada del convenio colectivo o de los pliegos de condiciones, no vincularían a la Administración.

7. La subrogación en las relaciones laborales por vía convencional

La subrogación en las relaciones laborales de los trabajadores también, ya lo hemos apuntado, puede derivar del convenio colectivo aplicable, sobre todo en aquellos sectores de la actividad caracterizados por la prestación de servicios con escaso soporte material. Se produce, refiriéndonos a los supuestos que afectan a las administraciones públicas, cuando el convenio colectivo aplicable a la nueva y a la anterior adjudicataria impone a la empresa entrante la obligación de subrogarse en los empleados adscritos a la contrata. Bien es cierto que hay que matizar, como apunta MAURI, que esta subrogación tiene efectos y alcance distintos a los establecidos en la subrogación legal, ya que solo opera en los términos y con el alcance establecidos en la cláusula convencional y siempre sujeta a los límites, formalidades y entrega de la documentación pertinente.¹³⁶

Se trata de cláusulas convencionales, en virtud de las cuales se obliga al gestor del servicio público entrante a incorporar a su plantilla a los trabajadores adscritos a la concesión por el anterior adjudicatario, garantizándoseles así su continuidad en el empleo, de modo que, al no existir una regla general ni de subrogación ni de no subrogación, el derecho reconocido en el convenio colectivo no ha de tener connotaciones ni más o menos excepcionales que cualquier otro derecho reconocido en el mismo. Por ello no se trata en este supuesto de analizar si concurren o no las condiciones legales de subrogación, sino ceñirse al acatamiento y cumplimiento de las disposiciones convencionales.¹³⁷

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

137. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de enero de 2012 analiza los supuestos en que esto puede producirse, algunos de los cuales afectan al sector público: «Así, en nuestro Derecho Colectivo, los sectores que regulan la subrogación en los Convenios Colectivos Nacionales son asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de minusválidos; asistencia en tierra en aeropuertos (*handling*); atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas; construcción; *contact center*; contratas ferroviarias; empresas concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos; entrega domiciliaria; hostelería; instalaciones deportivas; juego del bingo; limpieza de edificios y locales; limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado; mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público; puertos de Estado y autoridades portuarias; regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública; reparto sin direccional; seguridad; transportes de enfermos y accidentados en ambulancias. Además, existe una relación de sectores que regulan la subrogación en sus Convenios Sectoriales autonómicos y/o provinciales».

El problema de estas cláusulas convencionales en favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratistas se complica cuando la gestión del servicio revierte a la Administración u otro ente público de ella dependiente, dado que dicha regulación convencional únicamente puede afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores no incluidos en este; es decir, el convenio colectivo «ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación», razón por la cual, la subrogación incorporada en una norma paccionada –por ejemplo, un convenio sectorial– no obligaría, en principio, a la Administración, a menos que esta fuera firmada por dicho órgano público asumiendo el compromiso, en los casos de reversión, de mantener las relaciones de trabajo suscritas con la antigua concesionaria (entre otras muchas, puede verse la STS de 22 de mayo de 2000).¹³⁸

Lo cierto, además, es que, en general, la subrogación convencional se ha visto sometida en la negociación colectiva española a diversos condicionantes que hacen que esta, en realidad, se trate de una subrogación de efectos mucho más limitados de lo que pudiera pensarse en principio. Entre otros, los más frecuentes son exigir un tiempo de adscripción del trabajador al servicio,¹³⁹ establecer obligaciones formales de información a cargo de la empresa que pierde la contrata cuyo incumplimiento acarrea la inaplicación de la garantía subrogatoria,¹⁴⁰ limitándose los efectos propios de la transmisión a la incorporación a la nueva empresa sin que se produzca una subrogación empresarial, al tiempo que se ex-

138. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos...», *op. cit.*, p. 6. Como con acierto expresa dicha autora, «estas cláusulas convencionales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratistas no pueden ser, sin embargo, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración u otro ente administrativo, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos [...] La empresa concesionaria o contratista es, pues, quien debe proceder a la extinción de los contratos y al abono de las indemnizaciones». En el mismo sentido, y sistematizando los argumentos utilizados por la jurisprudencia, puede consultarse MAURI MAJÓ, J., «Consecuencias de la remunicipalización...», *op. cit.*, p. 93.

139. Con ello se trata de evitar una adscripción indiscriminada de trabajadores en un momento temporalmente próximo al de la pérdida de la contrata. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 junio 1998 (RJ 6693), ha precisado a este respecto que «la norma sectorial ha de ser interpretada restrictivamente, puesto que viene a constituir una excepción a la regla general, y en tal sentido, cuando exige que los siete meses inmediatamente anteriores a la sucesión en la contrata o concesión el trabajador esté destinado a ella, salvo las ausencias reglamentarias, ha de ser aplicado literalmente, de modo que no cabe incluir en dicho período de permanencia la ausencia del trabajador durante un mes en que estuvo destinado a otro local, del que regresó después».

140. El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 septiembre 1999 (RJ 9100), ha establecido respecto de estos casos que «en los supuestos en que no se produce una transmisión de empresa en los términos del artículo 44 ET, la subrogación empresarial puede tener lugar con fundamento en el convenio colectivo aplicable, a cuyos presupuestos, extensión y límites debe estar, por lo que, partiendo del incumplimiento por parte de la empresa saliente de sus esenciales obligaciones de información a la entrante necesarias para que se produjera la subrogación, cabe negar la existencia de subrogación, garantizándose, en todo caso, el empleo de los trabajadores al mantenerse la relación laboral con la empresa saliente». Ahora bien, como ha matizado el propio Tribunal Supremo, en sentencia 28 julio 2003 (RJ 782), «la subrogación puede operar incluso cuando la documentación no está totalmente completa, siempre que no se trate de falta de documentación imprescindible para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social».

cluye la responsabilidad solidaria de la empresa entrante por las deudas pendientes durante la subrogación convencional, etc.

Es preciso reiterar que, en estos supuestos, la obligación no deriva del artículo 44 del ET, pues este artículo no resulta aplicable a los contratos de servicios celebrados por las administraciones públicas, ante la falta de identidad del concepto «unidad productiva», ya que en este tipo de contratos prima la labor de los trabajadores y no se puede hablar de una «transmisión» de empresa, que es la que contempla el artículo 44 reiteradamente citado.

En este sentido se pronuncia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia 888/2014, de 25 de febrero de 2014 (recurso 646/2013), para quien:

Y para desestimar el recurso nos basta con remitirnos a lo ya resuelto, entre otras muchas con el mismo signo, en las SSTs de 19 de septiembre (R. 3056/2011) y 2 de octubre de 2012 (R. 2698/11), en las que, entre otras cosas, recordábamos que el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos no es el previsto en el artículo 44 del E. T., pues «ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 E. T., salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación».

Esta circunstancia se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 85 del TRLCSP, rubricado como «Supuestos de sucesión del contratista», y que regula los supuestos en los que existe una auténtica sucesión de empresas del artículo 44 del ET, mientras se está ejecutando la obligación dimanante del contrato, continuando el mismo contrato. Aquí sí existe una subrogación *ex lege*:

En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la que resulte de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo.¹⁴¹

Y es que, como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 58/09, de 26 de febrero de 2010, «Obligación de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes»:

141. El proyecto de Ley de Contratos del Sector Público recoge en su artículo 98 dicha previsión estableciendo que:
«1. En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse al adjudicatario o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias, se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario. A los efectos anteriores, la empresa deberá comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido.
2. Cuando el contratista inicial sea una unión temporal de empresas, se estará a lo establecido en el artículo 69.»

La obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista nuevo sucede a otro en ella, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el sector de actividad laboral de que se trate.

Y sigue razonando que:

La falta de previsión en los pliegos respecto de tal obligación no debe afectar en absoluto a su exigibilidad puesto que esta deriva de una norma general aplicable a todos los que actúan en el sector. En efecto, su origen está en la norma o convenio que la establece, y no en la relación contractual para cuya ejecución son instrumentos necesarios los contratos de trabajo sujetos a la obligación de subrogación.

Concluyendo que:

El hecho de no incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que deban regir la adjudicación y ejecución de un contrato de la obligación que pueda afectar a la empresa adjudicataria de subrogarse en las relaciones de trabajo preexistentes para la ejecución del contrato de cuya adjudicación se trate, no es obstáculo para la exigencia del cumplimiento de la misma cuando esté establecida en normas o convenios que sean de aplicación al sector.

Por tanto, y en conclusión, lo que sin duda es exigible, según la jurisprudencia, para que la subrogación tenga lugar es que esta ha de «aparecer impuesta por norma sectorial eficaz» por lo que, en el supuesto de que revirtiesen a la Administración (supuesto en que no sería de aplicación la directiva de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 20 de enero de 2011),¹⁴² únicamente puede afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio y no a esta. Es decir, el convenio colectivo, como ya dijimos más atrás, no puede establecer cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación,¹⁴³ razón por la cual la subrogación incorporada en una norma paccionada –por ejemplo,

142. De todas formas, resulta conveniente señalar la sentencia de 25 de enero de 2001, asunto C-172/1999, *Oi Liikenne*, que concluye que resulta de aplicación la directiva al supuesto de transmisión entre empresas privadas a las que una persona jurídica de derecho público haya concedido sucesivamente al término del procedimiento de adjudicación de un contrato público y la sentencia de 24 de enero 2002, asunto C-51/2000, *Temco*. Resulta también de aplicación la directiva, aunque el objeto de la transmisión sea una subcontrata en lugar de una contrata.

143. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto el debate en el sentido de que el convenio colectivo del sector de la limpieza viaria no puede ser aplicable, en caso de internalización de la prestación del servicio, al ayuntamiento (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011 [RJ 5423]. Dicha doctrina ha sido reiterada, más recientemente, por la sentencia de 26 de julio de 2012 [RJ 9976]). Y es que, según la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008, «el convenio colectivo no puede establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación».

un convenio sectorial¹⁴⁴– no obligaría a la Administración,¹⁴⁵ a menos que esta estuviese incluida en el ámbito de aplicación del convenio o este le fuera de aplicación por no tener convenio colectivo propio.¹⁴⁶

En efecto, es preciso recordar aquí que en numerosas entidades locales de reducido tamaño no existe norma alguna que regule las condiciones de trabajo, por lo que ha de tenerse presente que, en estos supuestos, es el convenio sectorial el que regula las condiciones de trabajo del personal laboral al carecer de convenio propio. En estos casos, la Administración que pase a prestar directamente el servicio se deberá subrogar en la posición de la empresa anterior siempre que exista una cláusula convencional al respecto.¹⁴⁷

En este último supuesto, es decir, inexistencia de convenio colectivo propio, igual opinión mantiene RODRÍGUEZ ESCANCIANO, sobre la base de distinta jurisprudencia, por lo que la respuesta ha de ser favorable a la subrogación, pasando los afectados a ser considerados, tal y como establece algún pronunciamiento judicial, indefinidos no fijos al servicio del ente público local en cuestión si fueran trabajadores fijos de la empresa anterior, manteniéndose en su puesto de trabajo solo hasta que la plaza se cubra por el procedimiento reglamentario o se amortice¹⁴⁸ o, como alternativa, a ser considerados como trabajadores subrogados, según lo que expon-dremos más adelante.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá sobre la inclusión en pliegos de condiciones de cláusulas de subrogación procedentes de la negociación colectiva, de nuevo hemos de hacer constar los interrogantes que plantea este tipo de subrogación cuando el empleador es la Administración pública y si es disponible para esta la inclusión de cláusulas convencionales, más allá de las que les fuesen de aplicación por otros motivos, que determinen la incorporación, sin ningún requisito añadido, de trabajadores externos a la misma más allá de los supuestos previstos en el artículo 44 ET. No obstante lo expuesto, la aprobación de la LCSP ha de suponer un cambio de perspectiva respecto de este último asesto al establecer el art. 130.3 de dicha norma la obligación de la Administración de subrogarse en las relaciones laborales si así se establece en una norma o acuerdo colectivo eficaz.

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

145. Entre otras, SSTS, Social, 14 diciembre 1994 (RJ 10093), 15 diciembre 1997 (RJ 1136) y 22 mayo 2000 (RJ 4624), o SSTSJ, Social, Extremadura 20 marzo 1995 (AS 1080); Murcia, 13 octubre 1995 (AS 4044) y 28 julio 1999 (AS 2670); Andalucía/Granada 10 junio 1999 (AS 4042); Castilla-La Mancha, 9 enero 2003 (AS 937); Extremadura, 10 diciembre 2004 (AS 3383); Cataluña, 22 septiembre, 19 octubre y 13 diciembre 2004 (JUR 281889 y AS 3451 y 4011), y Madrid, 18 enero 2005 (AS 86).

146. No altera esta conclusión las previsiones establecidas en el artículo 130.3 de la Ley de Contratos de la Administración pública, que prevé que la Administración pública vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Y no las altera porque parece que habrá de entenderse que el convenio colectivo sectorial ha de ser eficaz, lo que se ve reforzado al prever la aplicación de la subrogación cuando exista un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

147. Es representativa de esa jurisprudencia la STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2014 (ROJ: 2709/2014).

148. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La remunicipalización...», *op. cit.*, con apoyo en las SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha, 1 junio 2010 (Rec. 106/2010) y 9 junio 2010 (Rec. 176/2010).

8. Las previsiones contenidas en la legislación contractual y más específicamente en los pliegos de contratación pública

La legislación de contratación pública plantea, junto a las ya expuestas, distintas cuestiones en relación con la subrogación en las relaciones laborales del personal, su alcance y requisitos para que operen mecanismos subrogatorios y la eventual responsabilidad que puede derivarse del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de información que se establece en estos supuestos.

8.1. La obligación de información a los licitadores

Comencemos por aludir a que el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000 (y, asimismo, con anterioridad, la Ley de Contratos del Sector Público de 1995) ya establecía que los órganos de contratación podrían señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la autoridad o autoridades de las que los licitadores podrían obtener información sobre las obligaciones relativas a las disposiciones sobre protección y condiciones de trabajo vigente en el territorio en el que se ejecutará el objeto del contrato y, en ese caso, el citado pliego debería establecer que los licitadores manifiesten si han tenido en cuenta en sus ofertas tales obligaciones.

Respecto del alcance de dicha previsión normativa la JCCA, en su Informe 33/02, de 23 de octubre de 2002, reconoce, de esta forma, el derecho de los licitadores a conocer «suficientemente» cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que no son solo las relativas a la prestación contractual en sí, sino también otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas a la legislación de contratos, siendo tales el «conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral lo que cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta».¹⁴⁹

149. Con carácter general puede verse RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., «Las relaciones de trabajo ante la novación del concesionario de obra pública», *La Ley*, núm. 4, 2007, pp. 1.792-1.815.

Conforme a ello, primero el artículo 104 en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), y en la actualidad el artículo 120 del TRLCSP,¹⁵⁰ vinieron a establecer que:¹⁵¹

En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este.¹⁵²

En cuanto al alcance de dicho deber de información, la Resolución n.º 247/2015, de 13 de marzo, del TARC expone que:

150. Debe recordarse que el precepto se limita a señalar que el órgano de contratación facilitará esta información a los licitadores (en los pliegos o documentación complementaria) en «los contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales», sin dar ninguna pista de cuándo esta subrogación es obligatoria, al tratarse de una cuestión de derecho laboral (como reconoce la JCCA en sus informes 31/1999, de 30 de junio de 1999; 33/02, de 23 de octubre de 2002; 50/07, de 29 de octubre de 2007 y 58/09, de 26 de febrero de 2010).

151. El artículo 85 del TRLCSP, aunque alude a la subrogación laboral, no se refiere al supuesto que se acaba de analizar, sino que alude a un supuesto concreto de subrogación laboral entre empresas privadas, aunque en el seno de un contrato con una entidad del sector público: «En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias, se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario».

Inclusive otros supuestos como la subcontratación pueden plantear cierta problemática. A estos efectos, puede consultarse RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 281-282, 2006, pp. 3-70.

152. El artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público da un paso más y contempla penalizaciones para el empresario saliente que incumpla la obligación de entregar la información completa y veraz de los trabajadores en cuyas relaciones de trabajo deberá subrogarse el nuevo contratista y la obligación del contratista saliente de abonar los salarios impagados de los trabajadores afectados por la subrogación, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y los trabajadores sean subrogados por el nuevo contratista. Medidas insuficientes, en opinión de MADRIGAL ESTEBAN, M. J. y MARTÍNEZ SALDAÑA, D., «La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública», *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, 40, 2015, p. 49, no solo responde de los salarios impagados, sino que, como se ha expuesto, el artículo 44, apartados 1 y 3 del ET, y los artículos 127 y 104.1 de la LGSS, amplían las responsabilidades, con carácter solidario, por ejemplo, a cualquier responsabilidad laboral anterior a la transmisión, como indemnizaciones por despido pendientes de abono, cotizaciones pendientes de abono con sus recargos correspondientes o prestaciones causadas antes de la sucesión de empresa.

La redacción última de dicho precepto, en tramitación cuando se redactan estas líneas, detalla la información a facilitar estableciendo que «como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista».

La Administración pública, se debe tener en cuenta, no está exenta de estas responsabilidades y, como ha expuesto RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Los despidos objetivos en las Administraciones Públicas, rescate de contratistas y concesiones y supresión de entidades o estructuras administrativas», en CASTILLO BLANCO, F. A. (coord.), *La reforma del Sector Público*, Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014, pp. 399 y ss., invocando la reciente jurisprudencia social, puede incurrir en responsabilidades.

Aplicando el anterior precepto al caso presente, cabe concluir que la información facilitada en el Anexo IV del PCAP de los trabajadores a subrogar, que es la fecha de antigüedad del trabajador, el tipo de contrato y la categoría laboral, y cuyo detalle se ha descrito más arriba. Con esa información, estima el Tribunal que es suficiente para que el licitador y potencial adjudicatario conozca sin más el coste laboral de los trabajadores a subrogar. Determinar el Convenio Colectivo aplicable y demás cuestiones de la relación laboral –complementos fijos, pluses, porcentaje de jornada, etc.– son cuestiones excesivas a la información que debe facilitar el PCAP, y estar las mismas al alcance de las empresas participantes en el procedimiento de licitación, por dedicarse ellas a la actividad material objeto de licitación. Y por el contrario, con la información facilitada, las empresas, por medio de sus asesores laborales, conocen y pueden conocer con exactitud el coste laboral de los trabajadores a subrogar.

Ese incumplimiento del deber de información, por tanto, cuando sea cualificado y el adjudicatario, una vez formalizado el contrato, no hubiese dispuesto de tal información, podría generar responsabilidades para el órgano de contratación.¹⁵³

8.2. ¿Pueden los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecer obligaciones de subrogación o incluir esta como criterio de adjudicación?

Sin perjuicio de lo anterior, el tema más relevante se plantea, sin embargo, en torno a si los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden, o no, establecer obligaciones de subrogación.¹⁵⁴ En este sentido, la sentencia del TSJ de Madrid 1793/2011, de 23 de febrero de 2011 (Rec. núm. 741/2009) vino a aclarar inequívocamente que:

La subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en correspondiente convenio

153. MADRIGAL ESTEBAN, M. J. y MARTÍNEZ SALDAÑA, D., «La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa...», *op. cit.*, p. 49, opinan que no hay duda de que se produciría la responsabilidad del órgano de contratación. Si fuese antes de formalizado, con cita del Informe 3/2013, de 5 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, exponen que se reconoce la posibilidad de no formalización del contrato sin consecuencias para el adjudicatario.

154. Un estudio jurisprudencial bastante exhaustivo puede encontrarse en HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H., «Subrogación laboral en los contratos del sector público», *Actualidad Administrativa*, núm. 5, (Sección Estudios de Jurisprudencia, mayo 2014, tomo 1, editorial La Ley).

colectivo, en cuyo caso deberá darse aplicación al artículo 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Dicha obligación, asimismo, ha sido rechazada por la Resolución del TARC n.º 872/2014, de 20 de noviembre y con anterioridad a esta por la Resolución del TARC n.º 608/2013, de 4 de diciembre, que expone que:¹⁵⁵

Elo no significa que en el pliego deba contenerse una cláusula de subrogación, pues, como decíamos por ej. en la Resolución 75/2013, «la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos –Administración contratante y adjudicatario–, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un «contenido netamente laboral» (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de este destinado a la prestación del servicio) y «que forman parte del status del trabajador», de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social. Apoyándonos al efecto en el informe de la Abogacía General del Estado de 29 de junio de 2005, citado en la Resolución 271/2012, que consideraba que del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral no corresponde conocer a la Administración contratante ni a la Jurisdicción contenciosa, siendo que el PCAP tiene su contenido limitado a la regulación de la relación jurídico-administrativa, y no la laboral de las relaciones existentes entre el adjudicatario y sus trabajadores.

En definitiva, en el caso de que no exista una previsión expresa en un convenio «eficaz», el pliego no podría, en principio, establecer la obligación de subrogación *ex novo*, puesto que afecta a terceros (trabajadores de la empresa saliente), y excedería del ámbito administrativo y de la relación entre la Administración y el contratista.¹⁵⁶ Así lo recoge expresamente la STS de 9 de febrero de 2016 (ROJ: 1039/2016), que expresa:

155. En el ámbito autonómico también puede verse el Informe 5/2014, de 24 de noviembre, de la Comisión Consultiva sobre Contratación Pública, en torno a diversas cuestiones surgidas respecto a la figura de la subrogación de personal en materia de contratación pública. Asimismo, la Resolución 58/2013, del Tribunal Económico Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 10 de mayo de 2013, o la Resolución 69/2013, del Tribunal Económico Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, de 28 de noviembre de 2013.

Refuerza dicha opinión que la enmienda 877 del grupo socialista al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, aceptada parcialmente, contemplaba la posibilidad de que los pliegos lo establecieran con independencia del convenio, lo que no se llevó al texto finalmente aprobado en el Congreso.

156. Bien es cierto que en alguna norma legal se contempla dicha previsión admitiendo su inclusión en los pliegos. A título de ejemplo del alcance de la subrogación por vía legal, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, establece en su artículo 73.2 que los pliegos de condiciones deberán imponer al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación hasta cubrir la «dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio».

Asimismo, se ha señalado por algunos autores que esta apreciación podría eventualmente chocar con la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que reconoce que los pliegos de cláusulas administrativas pueden imponer la subrogación del personal del adjudicatario saliente, aun cuando no estemos en un supuesto de sucesión de empresas ex artículo 44 del ET, ni exista una obligación

También es piedra angular para la solución del caso nuestra doctrina respecto de que en los supuestos de sucesión de contratos no existe propiamente una transmisión de las mismas, sino la finalización de una y el comienzo de otra –formal y jurídicamente distinta– con un nuevo contratista. Por ello, para que se produzca la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la adjudicataria saliente es necesario: a) que así lo impongan la norma sectorial o el pliego de condiciones; b) en ausencia de tales prescripciones es necesario –conforme al artículo 44 ET– que se produzca la transmisión de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. De esta forma, la sucesión empresarial resulta inexistente cuando hay sucesión de actividad, pero ninguna norma o prescripción convencional dispongan lo contrario, o no se acompañe la contrata con entrega de soporte patrimonial alguno que merezca la consideración de unidad organizada que sirva de sustrato a una actividad independiente (en tal sentido se manifestaban las SSTs 30/09/99, RCU 3983/98; y 29/01/02, RCU 4749/00).

De esta forma, no es que este precepto otorgue al órgano de contratación libertad para decidir si en determinado contrato se va a producir o no sucesión de empresa, pues esta operará *ope legis* si concurren en el caso los requisitos del artículo 44 del ET (STS de 28 de abril de 2009), sino que, en el caso de que existiese una norma convencional de aplicación por ser eficaz y de aplicación a la Administración, ya fuera sectorial o porque la propia Administración, en su ámbito de negociación, lo ha previsto con sus trabajadores, se pueda proceder a la subrogación en las relaciones laborales procedentes de servicios que se reinternalizan.¹⁵⁷ Jurisprudencia reciente ha avalado, aunque a nuestro juicio sea discutible dicha opinión, esta conclusión y, así, la STS de 30 de abril de 2014 (Rec. 1416/2013) establece inequívocamente que:

Debe precisarse que lo que se establece en el apartado discutido es una obligación de la Administración de establecer una cláusula de subrogación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnicas de los contratos administrativos para la adjudicación del servicio público de que ella es titular, que, en principio, tiene su fundamento legal en el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores (R. D. Legislativo 1/1995), y a la que, a su vez, se refiere el artículo 104 Ley 30/2007. Hay que partir así de la base de que, vencido un contrato de adjudicación de un servicio público del que es titular la Administración, dicho servicio revierte jurídicamente en la Administración, con lo que operará respecto de ella la obligación legal de subrogarse en los contratos de los trabajadores empleados por la adjudicataria en el servicio. Sobre esa base, cuando en un posterior contrato de adjudicación del mis-

de subrogación por vía convencional, sino que simplemente se trate, a estos efectos, de un acuerdo entre la entidad pública y los trabajadores. Esto es, como una fórmula independiente de la normativa laboral, pero igualmente válida. Puede verse, en el sentido expuesto, STS, Social, de 4 junio 2013 (Rec. 58/2012), que reitera la doctrina de STS de 20 de septiembre de 2010 (Rec. 17/2010).

157. En idéntico sentido, MAURI MAJÓS, J., *op. cit.*, pp. 99 y ss., que apoya la tesis en la lectura conjunta de los artículos 115.2, 118.1 y 120 TRLCSP.

mo servicio establece la cláusula de subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo de los trabajadores que el adjudicatario anterior tuvo empleado en el servicio, como establece el apartado 17 del Acuerdo regulador, no puede decirse en rigor que la Administración sea un tercero ajeno a esos contratos, sino que está directamente concernida en la posición del empleador en el mecanismo de la subrogación.

La idea de «terceros ajenos al ámbito de la negociación», sobre la que asienta el planteamiento de la recurrente, no resulta por tanto correcta.

De este modo la interpretación sistemática de los artículo 44 LET, 104 Ley 30/2007 y 37.1 de la Ley 7/2007, debe llevar a la conclusión de que un pacto como el que aquí se cuestiona tiene plena cabida en la negociación colectiva del personal laboral de las administraciones públicas; por lo que no es aceptable que el tan citado apartado 17 del Acuerdo regulador infrinja los preceptos de la Ley 7/2007 que en el motivo se aduce.

Por otro lado, y como ha puesto de relieve ALFONSO MELLADO, dichas cláusulas han de estar presentes siendo que, en otro caso, es muy cuestionable la obligación de subrogación.¹⁵⁸

Cabe añadir además que, en principio, la exigencia y consiguiente aceptación de subrogación no puede considerarse, con carácter general y siempre dependiendo del objeto del contrato, como un criterio de adjudicación legalmente válido (Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa), criterio que también ha sido acogido por la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 4 de junio de 2013, recurso 58/2012) para quien:

El artículo 134.1 de dicha norma señala los criterios de selección para la celebración de contratos, criterios que no son compatibles con la obligación de incluir en el pliego de condiciones, como criterio preferente para la adjudicación de un contrato, el compromiso de subrogar a trabajadores. En efecto, el artículo 134.1 precitado distingue entre criterios que pueden incluirse en cualquier licitación, puesto que siempre guardan relación con el objeto del contrato –como es el caso del precio o la calidad– y de otros criterios que únicamente se podrán incluir en la medida en que guarden relación con el objeto del contrato, como es el compromiso de subrogación, por lo que habrá de analizarse caso por caso y no imponerlo con carácter general.

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

«La sentencia, tras referirse a propósito de la subrogación a los artículos 4.5 del Reglamento CE/1370/2007 y 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, se remite a otra anterior de la propia Sección Tercera de la Sala de Madrid, la de 30 de mayo de 2013, confirmada por la nuestra de 29 de septiembre de 2014 (casación 2337/2013) y dice que “[...] la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario no permite que en un pliego contractual se establezca dicha subrogación como obligación en todo caso y con las consecuencias que ello conlleva, sin que se derive una conclusión distinta del Reglamento (CE) n.º 1370/2007, ni del artículo 104 de la LCSP”. La Sala de Madrid, al pronunciarse de este modo, está teniendo presentes las razones por las que en su sentencia anterior consideró improcedente atribuir puntos en virtud del compromiso de subrogación, en las que afirman que son las normas laborales las llamadas a establecer la obligación de subrogación y no la legislación contractual. En la medida en que hemos confirmado ese juicio, se impone la desestimación del motivo, no sin recordar que el artículo 73.2 del reglamento se refiere al compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario.»

Sin embargo, es preciso señalar que dicha sentencia también señala que «tales criterios no resultan incompatibles, en contra de lo que alega el recurrente, con la inclusión en el pliego de condiciones de una cláusula que establezca la subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de la titularidad de la contrata».

La duda, y dada esta última afirmación, se plantea sobre si es posible incluir dicha obligación como criterio no preferente, de nuevo con carácter general y prescindiendo del objeto del contrato, lo que, desde mi punto de vista, no es posible ni se ajusta a los criterios que pueden establecerse en un procedimiento de adjudicación contractual.¹⁵⁹ MAURI apoyaba tal conclusión, en función de lo establecido en el artículo 150 TRLCSP, como una condición social que responda a necesidades exigidas por el servicio público a prestar, pero, como se ha mantenido más arriba, vinculado al objeto del contrato y sin que quepa establecerlo con carácter general.¹⁶⁰

Dicha opinión ha sido corroborada por las resoluciones de 1 de junio de 2017 n.º 468 y 474 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en las que el tribunal, tras afirmar que es posible incluir una cláusula subrogatoria en los pliegos de condiciones cuando así se derive de una obligación convencional antes pactada, no duda en rechazar que pueda dicha circunstancia ser un criterio de adjudicación válido.¹⁶¹

Por otro lado, el incumplimiento de la subrogación de los trabajadores en los mismos derechos y obligaciones que disfrutaban con la anterior empresa contratista no es causa de resolución del contrato por parte de la Administración contratante, porque no está establecida como tal ni en el TRLCSP ni en la actual LCSP, a

159. A juicio de HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H., «Subrogación laboral...», *op. cit.*, si podrá valorarse como tal siempre que la subrogación tenga incidencia con el objeto del contrato, como puede ser el caso de que la intervención de los trabajadores subrogados tenga directa relevancia con el contrato por cuanto no resulte necesario período de formación o adaptación de los nuevos trabajadores que se contraten. Es decir, serán las circunstancias de cada caso en particular las que justifiquen si la subrogación debe valorarse como criterio de adjudicación, en atención a que el hecho de que sean esos trabajadores y no otros contratados *ex novo*, guarde directa relación con el objeto del contrato; en otro caso, es decir, si a efectos de ejecutar el objeto del contrato resulta irrelevante que se desarrolle con los trabajadores subrogados o con otros contratados al efecto, la subrogación podrá exigirse o no en los pliegos, pero no será elemento valorativo en la adjudicación.

160. MAURI MAJÓS, J., *op. cit.*, pp. 98 y ss. En mi opinión, la redacción del artículo 145 y del 145 bis de la Ley de Contratos del Sector Público, referidos a los criterios de adjudicación de los contratos y específicamente a los criterios de carácter social, no alteran esta conclusión.

161. Dicen así las resoluciones referidas:

«[...] este Tribunal considera que, por más que exista una fuerte tendencia en la actualidad a la inclusión de las denominadas cláusulas sociales y que ello esté expresamente contemplado en la Directiva 2014/24/UE, no es dado admitir como criterio de adjudicación un compromiso de asunción de la plantilla tal y como lo hace el apartado impugnado. Consideramos, pues, que hoy sigue plenamente vigente la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como se ha expresado, proscribió el empleo de fórmulas semejantes, y ninguna de las razones que aduce el órgano de contratación en su informe resultan lo suficientemente convincentes para apartarnos de dicho criterio.

Es obvio que hay margen para la inclusión de las cláusulas sociales en las bases de una convocatoria; sin embargo, en el caso que nos atañe, la medida está destinada a favorecer a la plantilla actualmente existente, sin que conste que los trabajadores de la misma formen parte de un colectivo desfavorecido o vulnerable.

Hay una gran diferencia entre asegurar el empleo de colectivos en riesgo de exclusión o discriminados y el de aquellos otros que no están en esa situación. Este tribunal entiende la preocupación del órgano de contratación de velar por la estabilidad laboral de los actuales empleados, pero no puede, sin desconocer el ordenamiento vigente, amparar la introducción, como criterio de adjudicación, de una medida que favorece a unos trabajadores en detrimento de otros. Tampoco puede apreciarse, en fin, que, por loable que sea, la estabilidad en el empleo de la plantilla pueda ser tenida como un verdadero objetivo de salud de los empleados.»

salvo de que se hubiese contemplado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (Informe de la JCCA 63/2011, de 17 de julio de 2012) o se previeran penalidades en los mismos. La obligación de subrogación de los trabajadores incluida en el pliego de cláusulas administrativas particulares deriva del convenio colectivo, y no de la propia ejecución del contrato, puesto que los contratos administrativos se limitan a regular las relaciones entre la Administración y el contratista, por lo que, en este caso, corresponderá a los órganos de la jurisdicción laboral la competencia sobre la no subrogación material y, asimismo, correspondería a la jurisdicción laboral conocer el recurso sobre, en su caso, el despido de los trabajadores.¹⁶²

162. Como indican MADRIGAL ESTEBAN, M. J. y MARTÍNEZ SALDAÑA, D., «La subrogación de trabajadores...», *op. cit.*, con cita de jurisprudencia y de órganos consultivos: «Aunque en el pliego de cláusulas administrativas particulares no haya obligación de contemplar la subrogación, la obligación de información del artículo 120 del TRLCSP exige necesariamente la de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio de colectivo sectorial de aplicación. Pero la obligación de información debe predicarse también en todos los supuestos en los que existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogación, sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de esa obligación de subrogación. En estos casos, el órgano de contratación está obligado a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación. b) La subrogación del personal del adjudicatario saliente en el entrante es obligatoria aun en el caso de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione. Su no inclusión se considera jurídicamente irrelevante en la medida que la obligatoriedad deriva del convenio colectivo y no del pliego, y cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social [...]».

9. Los supuestos de «cesión ilegal de trabajadores» como consecuencia de la ejecución de contratos administrativos¹⁶³

El artículo 301.4 del TRLCSP (y en la actualidad el art. 308.2 LCSP), como ya mencionamos, prohibía expresamente la consolidación de los trabajadores que hayan realizado las prestaciones objeto de un contrato de servicios para un ente del sector público en la entidad contratante.¹⁶⁴

Ahora bien, frente a dicha previsión, el artículo 43 del ET regula la cesión ilegal de trabajadores, considerando que esta tiene lugar cuando se contrata trabajadores a través de una empresa que no sea una ETT, mediante un contrato de servicios para realizar tareas propias de la Administración contratante en diversos supuestos que acontecen mayormente en los contratos de servicios, a saber: cuando el objeto de estos contratos se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria; cuando la empresa cedente carece de una actividad real o de una organización propia y estable; o cuando no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Es decir, y refiriéndonos a los casos más habituales, cuando se trate de tareas prolongadas en el tiempo más allá de lo establecido en el contrato, o cuando se destina a los trabajadores de la empresa contratada para otras tareas, propias de algún servicio de la entidad que contrata y que sean diferentes a las que constituían el objeto del contrato, estaremos ante esta figura.¹⁶⁵

163. En torno a este tema y a la problemática que presenta en el sector público, puede verse VILA TIerno, F., «Contratas y subcontratas en la Administración pública y otros supuestos de externalización y descentralización. Límites a su utilización», en CASTILLO BLANCO, F. A. y MONEREO PÉREZ, J. L. (coords.), *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Granada: Editorial Comares, 2014, pp. 321 y ss.

164. En forma más completa, el apartado 2.º del artículo 306 de la Ley de Contratos del Sector Público, actualmente en tramitación, establece no solo la consecuencia, sino una expresa prohibición, susceptible de ser sancionada disciplinariamente (disposición adicional vigesimonovena), que se materializa en la siguiente redacción: «A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista».

165. La doctrina judicial, para apreciar tal figura, ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la auto-

Pues bien, en estos supuestos el artículo 43 ET concede a estos el derecho a elegir entre mantener su vínculo laboral con el cedente o con el cesionario. Pero resulta que este derecho estatutario de los trabajadores, en los supuestos en que opten por integrarse en la Administración pública, podría también contradecir los principios que regulan el acceso al empleo público.

Precisamente, y para hacer frente a dicha problemática, la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas dictó el 27 de octubre de 2010 una resolución, asumiendo con ella la moción del pleno del Tribunal de 26 de febrero de 2009, sobre la «necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales».¹⁶⁶ En esta moción se insta a las administraciones públicas a adoptar una serie de medidas para evitar contratos que encubran una cesión ilegal de mano de obra y que este personal acabe engrosando las plantillas de personal de las AAPP.

Asimismo, y a fin de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la propia Administración en virtud de sentencias judiciales, la disposición adicional primera del Real Decreto Ley 20/2012 da un paso más para evitar que las restricciones que se imponen desde hace años por las leyes de presupuestos para controlar el gasto público en materia de personal puedan quedar sin efecto por una indebida ejecución de las encomiendas de gestión del personal de las empresas adjudicatarias de los servicios.

nomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (STS 07/03/1998); el ejercicio de poderes empresariales (SSTS 12/09/1988, 16/02/1989, 17/01/1991 y 19/01/1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos económicos, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva [...] (SSTS 17/01/1991, 11/10/1993, 14/09/2001, 17/01/2002, 16/06/2003 y 14/03/2003).

En aplicación de los anteriores criterios de valoración, las sentencias examinan el modo de retribución del contratista por horas de trabajo, por kilómetros o por vehículos aportados; si el contratista presta servicios para una única empresa; si existe una coincidencia de horarios de los trabajadores del contratista y el personal de plantilla de la Administración; el lugar de prestación de los servicios; los medios materiales aportados por la Administración; la falta de un coordinador del servicio prestado por parte de la contrata y la realización de funciones diferentes al objeto del contrato administrativo de servicios.

166. De sumo interés resultan los puntos siguientes:

«4. Que en los pliegos de prescripciones técnicas, así como en los de cláusulas administrativas particulares, de los contratos de servicios y de los que se celebren, en su caso, con empresas de trabajo temporal, se determinen con la mayor precisión posible las prestaciones a realizar y se incremente la vigilancia de estos aspectos por parte del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General del Estado en su labor de fiscalización y supervisión previa, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las citadas empresas. Con la misma finalidad, debería cuidarse también que su ejecución no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de duración y de las prórrogas.

5. Que, de acuerdo a los respectivos ámbitos de competencias, se dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos contratados por aquellas, de manera que quede clarificada la relación entre los respectivos gestores de la Administración con el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos.

6. Que la cobertura de puestos de trabajo con carácter indefinido, como consecuencia de posibles irregularidades en la contratación y de las consiguientes sentencias, no sea considerada en ningún caso una adscripción definitiva al puesto de trabajo, sino que desemboque, conforme contempla la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la reciente Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su amortización o en la provisión con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en función de las necesidades de la Administración».

Es por ello por lo que se impone a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del TRLCSP, la obligación de dictar antes del 31 de diciembre unas instrucciones que garanticen en su aplicación práctica la correcta ejecución de los servicios externos que hubieren contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos.

De todas formas, y en protección de los derechos de los trabajadores, la jurisdicción social ha consolidado una doctrina, ya lo hemos apuntado, que otorga la condición de trabajadores «indefinidos no fijos» (ex art. 43.3 ET) de una Administración (u otro ente del sector público) en los casos en los que considera que se ha producido un contratación temporal irregular o una cesión ilegal de trabajadores a través de un contrato de servicios (STS, Sala de lo Social, de 20 de enero de 1998; 19 de junio de 2002, 17 de septiembre de 2002, 19 de noviembre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 27 de diciembre de 2002 y 28 de octubre de 2003, citadas todas ellas en la moción del pleno del Tribunal de Cuentas de 26 de febrero de 2009). De esta situación jurídica, y de la idoneidad de su aplicación en estos supuestos, nos ocuparemos más adelante.

10. Las consecuencias para los trabajadores de los mecanismos de integración en el sector público

Debemos comenzar advirtiendo que el término «remunicipalización», y su correlativo impacto sobre el personal, implica un análisis que si, en principio, no debería revestir especial problemática, dada su regulación en normas europeas y nacionales, resulta sin embargo de mucha mayor complejidad. Tan solo desde el punto de vista jurídico abarca tanto normativa de derecho público como de derecho privado, lo que justifica el presente estudio a caballo entre dos ramas del ordenamiento jurídico, pero lo que es más grave es que dichos marcos normativos no siempre son conciliables entre sí. Y es que, como sabemos por los numerosos supuestos en que acontece, el actual marco jurídico español no ha resuelto satisfactoriamente cómo hacer compatible el principio de estabilidad en el empleo con los principios que de contrario presiden el acceso al empleo público en aquellos supuestos en que el empleador resulta ser una Administración pública.¹⁶⁷ Como bien explica MONEREO PÉREZ, «se asiste a una suerte de penetración y predominio de la lógica del derecho Administrativo sobre la lógica específica de regulación y racionalización jurídica a la que sirve de ordinario el ordenamiento laboral».¹⁶⁸ Aunque lo cierto es que ese conjunto de principios de ambos ordenamientos, además, están constitucionalmente protegidos y han de ser conciliados por los operadores jurídicos.

La solución, hasta ahora, había venido de la mano de una jurisprudencia, la que crea el denominado «indefinido no fijo», que además ha venido evolucionando en el tiempo sustancialmente, y no siempre en forma coherente ni sistemática.¹⁶⁹ Vol-

167. Lo pone de manifiesto la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, y la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial, y a la que se remite la disposición adicional novena de la Ley 15/2014, que establecen disposiciones específicas y singulares para la integración del personal en aquellos supuestos de extinción de personas jurídico-públicas.

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

169. Véase 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, pp. 51 y ss., y MONEREO PÉREZ, J. L., «Aspectos laborales de la inter-

veremos sobre ello, pero ahora nos interesa destacar que este conflicto de ordenamientos y los principios que los informan –entre el derecho administrativo y el derecho laboral, en suma–, produce, en estos y otros supuestos,¹⁷⁰ no pocos problemas en los procesos de reversión y reordenación del sector público, y dista de estar resuelto definitivamente, si bien recientes modificaciones legislativas han aportado nuevas perspectivas a este debate. La labor de la jurisprudencia,¹⁷¹ con sus luces y sus sombras, ha sido encomiable, pero hacía falta algo más que es lo que ahora, de nuevo en forma discutible, ha acontecido. Volveremos sobre ello en siguientes apartados.

10.1. ¿Se ha de subrogar el ente local en todos los trabajadores de la contrata?: alcance y extensión de la subrogación

Se ha de hacer mención, en primer término, de que la doctrina general establecida por la jurisprudencia europea es la transmisión universal de derechos y obligaciones. En concreto, y respecto del alcance de la subrogación en las relaciones laborales por parte del cesionario, viene delimitado por aquellos empleados que, de forma exclusiva o muy preferencial, prestan sus servicios en el centro de trabajo cuya actividad es objeto de transmisión en el momento en que esta se efectúa y,¹⁷² lógicamente, si esta se sigue desarrollando.¹⁷³ Por tanto, no alcanza a otros trabajadores, ya se trate de que no prestan servicios en ese centro de trabajo o ya fuere porque no prestan sus servicios en las específicas unidades o áreas que son objeto de transmisión. Ello se traduce en una necesaria valoración cuantitativa y cualitativa,¹⁷⁴ material y no meramente formal, de la actividad que los trabajadores

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

170. Respecto de este asunto, es muy ilustrativo y de enorme interés la consulta del documento «La reversión de la gestión de los servicios públicos por las administraciones», *Cuadernos de Acción Sindical CC OO* (octubre, 2015).

171. Puede verse el trabajo 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. Cuando la actividad descansa esencialmente en la mano de obra, el concepto de unidad productiva cedida no es identificable con la contrata en su conjunto, sino con el de cada una de las entidades económicas que mantienen su identidad y han sido objeto de transmisión (SSTS 8, 9 y 10 de julio de 2014, Recs. 1741, 1201 y 1051/13, y 12 de marzo de 2015, Rec. 1480/14).

173. La STS 19 de mayo de 2015 (ROJ: 3028/2015), en este sentido expuesto, razona que «mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas –tratándose de contrata administrativas– cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, pues “esta circunstancia, como es lógico, obsta –por principio y conforme a la jurisprudencia antes referida– que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial alguna ex art. 44 ET” que pueda imputarse a la Administración Pública (STS 21/04/15, RCUD 91/14)».

174. La sentencia del TS de 18 de septiembre de 2000 (Rec. 2281/1999) argumenta al respecto que: «Si en dicho artículo se dice que la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, como razona la sentencia recurrida, el hecho de que una parte mínima de la jornada laboral se desarrolle en un centro de trabajo no objeto de la nueva contrata no impide, con la limitación contenida en dicha sentencia, que se lleve a cabo la subrogación del contrato discutido; no estamos ante una subro-

desarrollan.¹⁷⁵ Es decir, que trabajadores que realizan tareas auxiliares respecto del centro de trabajo que es objeto de transmisión o, aún prestando servicios en la específica unidad que se transmite, también lo realizan para el resto de la actividad de la empresa cedente respecto de otras unidades o centros de trabajo, no quedan incluidos en la nómina de los trabajadores afectados por dicha cesión.¹⁷⁶

En cualquier caso,¹⁷⁷ y en conclusión con arreglo a la ya reiteradamente citada STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09), inclusive en estos supuestos de reversión del servicio a la Administración o ente público dependiente de la misma, no se integrarían en la Administración los trabajadores en los siguientes casos: el primero, que el servicio se vaya a prestar con los medios personales que cuenta la Administración y no recurriendo a nuevas contrataciones de personal;¹⁷⁸ pero, en segundo lugar, que en caso de que fuese necesario nuevo personal, la Administración procediera a su selección con anterioridad al rescate del servicio.¹⁷⁹

Pero además de excluir estos supuestos, y cuando efectivamente la Administración se haya subrogado en las relaciones laborales y se hayan cumplido los deberes de información en la norma establecidos,¹⁸⁰ ha de tenerse en cuenta que no necesariamente procede en todos los casos, como ya adelantábamos oportunamente. A título de ejemplo, plantean especial problemática el personal directivo de la empresa que cesa en la prestación del servicio o aquellos trabajadores cuyo contrato tiene como causa una obra o servicio concreto en el marco de la contrata.

En el caso del personal directivo, sin embargo, es preciso advertir de dos cuestiones: de un lado, que es necesario delimitar precisamente sus funciones ya que,

gación por cambio de objeto, que sigue siendo el mismo, sino por cambio del titular de la contrata». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 21 de septiembre de 2012 (Rec. 2247/2011).

175. La STS de 27 de diciembre de 1989 (ROJ: STS 11335/1989), en este sentido, expone que: «Lo cierto es que dichos recurrentes, según se declara probado, solo de un modo meramente formal y a efectos de su incorporación al Régimen de Seguridad Social, estaban adscritos a la plantilla de la estación de Chamartín en los centros o módulos afectados por la extinción de la concesión, dado que su actividad se desarrollaba en el área que comúnmente se denomina servicios generales extendidos a todos los centros de trabajo de una empresa que no ha cesado en su actividad continuada en los no afectados por la extinción de la concesión, con lo que la no absorción de los demandantes por los nuevos concesionarios encuentra su justificación, no en el mero hecho de llevar los apellidos que corresponden a la titularidad de la empresa, como los mismos sostienen, sino en no estar de hecho plenamente integrados a los centros concretos objeto de la concesión, por desempeñar su trabajo, reiterando lo dicho, en el área de los servicios generales de la demandada, pues la subrogación que el art. 44, núm. 1, contempla se construye a los contratos de trabajo afectados a la unidad productiva autónoma que es objeto de cambio de titularidad».

176. STJCE 151/2009, de 29 de julio de 2010, asunto Ayuntamiento Línea de la Concepción.

177. Pueden consultarse en extenso los trabajos de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «Ejecución de los planes de ajuste y contratación pública», anteriormente citado, y MORA BONGERA, F., «Ejecución de planes de ajuste y empleo público. Incidencia de la reforma laboral del 2012», ambos en *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núms. 11 y 12 (2012) bien que, sin embargo, ya puede adelantarse, discrepo de algunas de las posiciones apuntadas por dichos autores, más específicamente en las consecuencias que deben producirse en ciertos supuestos.

178. Puede verse respecto de este punto la STS de 17 de junio de 2002 (Rec. 4405/00) y la STSJ Cataluña, de 12 de abril de 2011, Social, Rec. 7585.

179. La sentencia del TSJ de Andalucía de 9 de febrero de 2017 (Rec. 765/2016) ampliaría estos supuestos al personal que realiza la inspección de servicio o el asesoramiento jurídico a la empresa, ya que más que ante una sucesión empresarial nos hallaríamos ante una reorganización del servicio, y con ello no le sería de aplicación lo reclamado por el recurrente en virtud del artículo 44 ET o de su convenio colectivo.

180. Y es que, si no se han cumplido, no se produce subrogación alguna (STS, 16 diciembre 2014, Rec. 1054/2013).

en ciertos supuestos, la calificación como una relación laboral especial puede no ser suficientemente justificada y, en su caso, procede la subrogación;¹⁸¹ de otro, que la afirmación de que no es precisa la subrogación ha de ser matizada y,¹⁸² de esta forma, como ha puesto de relieve MAURI, se han de diferenciar dos cuestiones distintas: por un lado, los efectos propios de la subrogación respecto al mantenimiento en su integridad de los derechos pactados; y por otro, la aplicación al personal de alta dirección del principio general de conservación de la relación previsto en el artículo 44 ET.¹⁸³

Respecto de los contratos de obra o servicio, se hace necesario determinar si el servicio objeto del contrato laboral, previsto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, ha de ser en sí mismo –es decir, por su naturaleza en relación con la actividad de la empresa– un servicio limitado temporalmente o si, por el contrario, aun siendo un servicio que en principio tiene una duración permanente, puede ser objeto de un contrato de obra o servicio determinado cuando para el empresario la realización de ese servicio queda en la práctica limitada en el tiempo, no por el carácter de aquel, sino por las condiciones en que se ha pactado su realización con un tercero y por cuenta de este. Si bien, en un primer momento, lo decisivo era el carácter temporal de la actividad para quien

181. De esta forma, la sentencia de TSJ de Castilla-La Mancha, de 28 de diciembre de 2012 (Rec. 1479/2012) desestima el recurso interpuesto por el Consorcio de Gestión de Residuos Urbanos por entender, al igual que la sentencia de instancia, que la relación con el mismo de su gerente era laboral ordinaria, aunque en el contrato se hubiese calificado de especial. Tal decisión se funda en que las funciones realizadas por el trabajador que no formaba parte de la Comisión de Gobierno del consorcio no eran directivas, sino de mera propuesta, por estar siempre sometido al secretario y a la presidencia del consorcio, así como al diputado provincial delegado, que eran quienes tomaban decisiones, sin que fuese de aplicar el artículo 13-4 del EBEP, norma publicada antes de la contratación del actor, porque no concurrían las características exigidas por el artículo 1-2 del RD 1382/1985 al efecto.

Asimismo, la sentencia del TSJ de Madrid de 6 de octubre de 2008 (Rec. 3405/2008) contempla el supuesto del caso de director del centro del Instituto Cervantes en Rabat que realizaba las labores propias de la dirección de un centro para el desarrollo y difusión del idioma con arreglo a las directrices fijadas en un «Manual de procedimiento de los centros», tanto en el desempeño de las labores culturales como en el de la dirección de personal y demás tareas administrativas y de régimen interno, y con sometimiento a las normas y al control de los órganos superiores del instituto. La sentencia del TSJ de Madrid estima que la relación laboral existente era común y no especial de alta dirección, dadas las limitaciones impuestas al trabajador en el desempeño de sus funciones con sometimiento a unos protocolos de actuación, a las instrucciones de mandos intermedios del instituto, que incluso debían aprobar ciertas actuaciones, sin olvidar que para disponer de fondos no bastaba con su firma, sino que era preciso que firmara mancomunadamente con otra persona autorizada.

182. Y es que, de otro modo, tal y como ha señalado también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, los representantes legales de los trabajadores que ejercían tal función en las empresas concesionarias de servicios públicos transferidos, en el supuesto enjuiciado, a un ayuntamiento, continuarán desempeñando su función en las dependencias de este último, al igual que los directivos, pues «el mero cambio de los máximos responsables jerárquicos (que ahora son el alcalde y los respectivos concejales) no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última» (STJCE 151/2009, de 29 de julio de 2010, asunto Ayuntamiento Línea de la Concepción).

183. MAURI MAJÓS, J., «L'assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics...», *op. cit.*, quien expone que (la traducción es propia):

«Se afirma el principio de subrogación empresarial también en los contratos de alta dirección, pero no el necesario mantenimiento de la relación especial de la que se puede desistir inmediatamente en los términos del artículo 11 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, en el bien entendido que este desistimiento se producirá manteniendo la «integridad convencional» de la relación existente, es decir, sin que la novación subjetiva en la persona del empresario sea seguida de una novación objetiva en los términos de su contrato, lo que implica el mantenimiento de la indemnización previamente pactada con el empresario anterior. Un planteamiento que tiene toda su importancia en el sector público a la vista de la disposición adicional octava, apartado dos, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en la que se señala expresamente que la extinción, por desistimiento del empresario, de los contratos mercantiles y de alta dirección del personal que preste sus servicios en el sector público, únicamente dará lugar a una indemnización no superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades; una norma que, a tenor del apartado siete la misma, es aplicable a los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público autonómico y local.»

asume la posición empresarial en ese contrato (STS de 15 de enero de 1997, ROJ: 99/1997), y finalizada la concesión habrían de entenderse finalizados estos, lo cierto es que, con posterioridad, dicha doctrina ha ido evolucionando sobre la base de razonar que la relación de trabajo nació ligada a una obra o servicio determinado y la sucesión empresarial no debe afectar a la pervivencia de esta, sino que, por el contrario, es manifestación precisamente de su continuidad. De esta forma, cuando el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior, no limita el efecto subrogatorio a los contratos de trabajo indefinidos, sino que comprende a todos y esta obligación no desaparece por la circunstancia de haber procedido el anterior contratista a declarar finalizado el contrato de trabajo como consecuencia de la sucesión, pues tal iniciativa no quiebra el vínculo existente, por razón de la prestación de servicios, entre la demandante y la empresa sucesora.¹⁸⁴

Habría que añadir a los supuestos conflictivos, asimismo, aquellos casos en los que se trata de un servicio de los denominados impropios, o aquellos en los que por razones económico-financieras la entidad local deja de prestar el servicio externalizado hasta ese momento. En estos supuestos, y en opinión de RODRÍGUEZ ESCANCIANO,¹⁸⁵ la empresa concesionaria o contratista ha de proceder a extinguir por causas organizativas los contratos laborales afectados, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la normativa social de común aplicación (despido objetivo, art. 52 c) ET o despido colectivo, art. 51 ET), poniendo a disposición de los trabajadores la indemnización prevista legalmente, cifrada en 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades.¹⁸⁶ Aunque, obviamente, la jurisprudencia de nuestros tribunales penaliza aquellos casos en los que, para obviar la subrogación preceptiva en los contratos laborales, se acude al fraude de ley procediendo al despido objetivo previamente de los trabajadores, a fin de

184. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 29 de mayo de 2008 (Rec. 3617/2006), 28 de abril de 2009 (Rec. 4614/2007), 10 de mayo de 2013 (Rec. 683/2012) y 15 de julio de 2013 (Rec. 1377/2012).

185. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La remunicipalización...», *op. cit.*, si bien advierte que otra cosa es que, como ha reconocido alguna sentencia, concurren los requisitos de una cesión ilegal de trabajadores por parte de la empresa contratista a la Administración, en cuyo caso se ha de reconocer la improcedencia del despido, y ante la imposibilidad de readmisión, debido a que no existe el centro de trabajo donde el trabajador prestaba servicios, procede extinguir los contratos de trabajo con las indemnizaciones pertinentes (antes 45, ahora 33 días de salario por año de servicio), siendo responsables solidarios la empresa adjudicataria y la Administración, según dispone la STSJ, Social, Islas Baleares 24 octubre 2013, Rec. 470/2013. Puede consultarse, asimismo, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Los despidos objetivos en las Administraciones Públicas, rescate de contrataciones y concesiones y supresión de entidades o estructuras administrativas», en CASTILLO BLANCO, F. A. (coord.), *La reforma del Sector Público*, Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014.

186. Aunque es preciso distinguir de estos supuestos la disolución de un ente de segundo grado en que las consecuencias pueden ser distintas. Así, es de interés destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, de 12 de enero de 2012 (asimismo la de 15 de septiembre de 2011) en la que, encontrándonos ante un rescate de los medios materiales y personales vinculados a la gestión del ciclo integral del agua, tras la desaparición de una Mancomunidad, por parte del Ilmo. Ayuntamiento de Bollulleros del Condado, los medios materiales y personales deben ser asumidos por la empresa concesionaria del servicio. Ello determina la responsabilidad solidaria del Ilmo. Ayuntamiento de Bollulleros del Condado y de su concesionaria en las consecuencias económicas del despido improcedentemente acordado, y la condena a la concesionaria a que opte entre la readmisión del interesado o el pago de una indemnización como actual prestataria del servicio.

evitar esta,¹⁸⁷ y, aun cuando se exige para que opere el mecanismo subrogatorio¹⁸⁸ que la relación esté plenamente vigente, también otorga amparo a los supuestos de contratos temporales en los que no se ha producido una ruptura significativa del vínculo contractual.¹⁸⁹

10.2. ¿Es preceptiva la subrogación para los trabajadores afectados?

Como ya se ha señalado, el TJUE ha sostenido reiteradamente en distintas resoluciones que:

Las normas de la Directiva, y en particular las relativas a la protección de los trabajadores en contra del despido por causa de transmisión, deben ser consideradas imperativas en el sentido de que no pueden establecerse excepciones en perjuicio de los trabajadores. De ello se deduce que, en caso de transmisión de empresa, el contrato de trabajo o la relación laboral que vincula al personal de la empresa transmitida deja de vincular al cedente y continúa de pleno derecho con el cesionario, debido al carácter imperativo de la protección organizada por la Directiva y so pena de privar realmente a los trabajadores de dicha protección, la transferencia de los contratos de trabajo no puede quedar supeditada a la voluntad del cedente o del cesionario y, en particular, el cesionario no puede oponerse a la Directiva negándose a cumplir sus obligaciones.

Pero, aun más, esa obligación imperativa de subrogación en las relaciones de trabajo generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera, por imperativo de la ley (*ope legis*), sin requerirse siquiera la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de tra-

187. El supuesto ha acontecido a propósito de los Consorcios UTDLT en Andalucía, y a este respecto, la STS 11 de marzo de 2015 (ROJ: 1749/2015), entre otras razones, argumenta que: «Todos estos datos nos llevan a la convicción de que efectivamente sí concurrió el fraude que se imputa, con desviación de poder por parte de las administraciones públicas demandadas [...]».

188. La STS de 20 de septiembre de 2016 (Rec. 3954/14) recuerda que «es constante en la jurisprudencia la exigencia de que el contrato se halle en vigor para que pueda operar el mecanismo subrogatorio. El efecto de mantenimiento del vínculo requiere lógicamente que este se encuentre vigente, por ello el art. 3.1 de la Directiva 2001/23 establece que “los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral, existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso” y el art. 44 ET dispone que el cambio de titular no extinguirá por sí mismo la relación laboral, porque parte de la subsistencia de la misma en el momento de la transmisión, pues solo así cabe aceptar la existencia de una novación subjetiva, ya que resulta imposible aceptar la modificación de una relación jurídica ya extinguida. El artículo 44 no impide, por tanto, el juego de las diferentes causas de extinción del contrato: no es, por tanto, una garantía absoluta de continuidad de las relaciones laborales, sino únicamente de que estas no se extinguen por el hecho del cambio de titularidad».

189. La existencia de unidad de vínculo contractual se identificó inicialmente con las interrupciones superiores al plazo de caducidad de veinte días hábiles en la sucesión de los contratos, si bien posteriormente ese criterio se ha extendido a periodos que carezcan de relevancia en relación con la duración total de los servicios prestados (STS 23/02/16, Rec. 1423/14), aun cuando se hubieran percibido prestaciones por desempleo (STS 15/05/15, Rec. 878/14), a los casos en que se acredite una contratación temporal irregular o se haya adquirido la condición de trabajador indefinido por mor de las previsiones del artículo 15.5 ET (STS 8/11/16, Rec. 310/15), y también a aquellos en que se acredite una actuación fraudulenta de la empresa, como ocurre cuando la ausencia de prestación de servicios se hace coincidir con el período vacacional (SSTS 8/03/07, Rec. 175/04; 17/12/07, Rec. 199/04; 18/02/09, Rec. 3256/07).

bajo. Como reconoce la sentencia del TS de 6 de octubre de 2011 (Rec. 138/2010), citando la anterior de 21 de marzo de 2005:

Es doctrina mantenida como unificada por esta Sala [...] la de distinguir entre los efectos de una sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa vigente sobre el particular (artículo 44 ET y Convenios Colectivos de aplicación), y los efectos de una cesión de contratos entre empresas [...] para llegar a la conclusión de que mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador, como exige el artículo 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes. Y si en el caso de autos ya hemos dicho que han quedado acreditados los requisitos que configuran la sucesión de empresas, no es preceptivo el consentimiento individualizado de los trabajadores para que opere con todos sus efectos la subrogación en sus contratos de trabajo, dejando a salvo la posibilidad de que puedan ejercitarse las oportunas acciones legales por quienes consideren a título personal que no debieren verse afectados por no estar adscritos a la unidad productiva objeto de la transmisión.

Bien es cierto que, respecto a esta última aseveración, al imponerse la cesión de los contratos no solo al empresario entrante, sino también a los trabajadores afectados, cabe preguntarse si el personal afectado podrá negarse a que su contrato sea transferido al nuevo contratista o concesionario o a la Administración, en caso de que esta asuma la gestión directa del servicio. A este respecto, el propio Tribunal Supremo ha señalado *obiter dicta* que «en el presente caso no hay transmisión de empresa, pero, aun en el supuesto de que la hubiera, el trabajador no podría ser transferido obligatoriamente a la empresa adquirente, aunque su contrato con el cedente se vería tal vez afectado por las consecuencias derivadas de esa transmisión; cuestión que, pese a su indudable interés, no puede ser abordada aquí al quedar al margen de la decisión del pleito» (STS 20 octubre 2004, RJ 7162).

En relación con dicho punto, el TJCE ha precisado, en sentencia de 24 enero de 2002 (asunto Temco), que:

El artículo 3.º, apartado 1, de la Directiva enuncia el principio de la transmisión automática al cesionario de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de los contratos de trabajo existentes en la fecha de la transmisión de la empresa. La norma que resulta de estas disposiciones, según la cual la transmisión tiene lugar sin el consentimiento de las partes de que se trate, debe considerarse imperativa; en perjuicio de los trabajadores, no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ella. Por consiguiente, la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores (sentencia de 25 julio 1991, D'Urso y otros, C-362/89). Sin embargo, aunque la transmisión del contrato de trabajo se impone tanto al empresario como al trabajador, el Tribunal de Justicia ha admitido la

facultad de este último para negarse a que su contrato de trabajo sea transferido al cesionario (véase la sentencia 16 diciembre 1992, Katsikas y otros, asuntos acumulados C-132/91, C-138/91 y C-139/91). En ese caso, la situación del trabajador depende de la legislación de cada Estado miembro: bien el contrato de trabajo que vincula al trabajador con la empresa cedente podrá ser resuelto a iniciativa del trabajador o del empresario o bien el contrato se mantendrá en vigor con esta empresa (véase, en particular, la sentencia Katsikas y otros).

Ello plantea un cierto problema ya que, como ha puesto de relieve la doctrina laboralista, el contrato no se considerará vigente con la empresa saliente, sino resuelto a iniciativa del trabajador o bien, aun considerándose vigente, la negativa del trabajador habría de interpretarse como un incumplimiento de una orden empresarial legítima susceptible de ser sancionado disciplinariamente. Esta conclusión se sitúa en abierta contradicción con la tesis imperante en nuestra jurisprudencia en los casos de subrogación convencional, por cuanto que si el trabajador afectado no consiente la subrogación, su contrato se considerará vigente con el empresario saliente, sin perjuicio de que este pueda acudir, en su caso, a un despido por causas empresariales.¹⁹⁰

10.3. El estatuto jurídico del personal integrado

Cuando el cesionario es la Administración pública, surgen de forma inmediata múltiples preguntas a las que es preciso atender en estos momentos, a saber: ¿cómo se incorporan?, ¿con qué derechos y obligaciones?, ¿qué régimen jurídico le es de aplicación?, etc.

Nótese una cuestión añadida, y de cierta relevancia en estos procesos,¹⁹¹ como resulta ser la cualidad del cesionario que es una Administración, un ente del sector público o una sociedad pública. Y es que, como ya se dijo, en aquellos supuestos en los que la Administración o alguna de sus personificaciones instrumentales sigue prestando el servicio resulta complejo, aparte de lo ya expresado, determinar en qué condiciones ingresa ese personal a la Administración. Quiere decirse, y respecto del personal fijo que prestase sus servicios en los centros de actividad que retornan al sector público, si se respeta o no tal condición. El acceso al empleo público, ya lo sabemos, debe cumplir con los principios constitucionales de igual-

190. Véase, a este respecto, REY GUANTER, S. del, MARTÍNEZ FONS, D. y SERRANO OLIVARES, R., «El régimen jurídico de la transmisión de empresa...», *op. cit.*, p. 238.

191. Este tipo de situaciones, junto a la subrogación del Ayuntamiento cuando asume la ejecución del contrato por sus propios medios, que es la que aquí se aborda, se plantea también con distinta intensidad, en otros supuestos, bien es cierto que con un alcance distinto en cada caso, a saber: sucesión de empresa y subrogación laboral cuando hay cambio de adjudicatario en un contrato administrativo; subrogación de un contratista en el personal municipal cuando el ayuntamiento decide prestar mediante contrato un servicio que realizada directamente («externalización»); adquisición de la condición de trabajador «indefinido» del ayuntamiento de trabajadores de una empresa contratada por esta para realizar determinados servicios.

dad, mérito y capacidad, y la concurrencia de los mismos en estos procesos no siempre existe. Al menos formalmente.

10.3.1. La determinación de su estatuto jurídico

Es esta una cuestión de necesaria discusión acerca de las situaciones problemáticas que estos procesos plantean, y es que, hasta el momento, no se puede apuntar una conclusión definitiva a esta trascendental cuestión, respecto de la cual hay varias soluciones alternativas.

A) La solución recurrente y tradicional: el personal indefinido no fijo¹⁹²

Y es que es esta, al menos así lo ha concluido alguna jurisprudencia, la situación en la que habría de calificarse a estos trabajadores procedentes de contrata que se internalizan en la Administración pública u otros entes públicos. Aclaremos que se trata del denominado personal indefinido no fijo,¹⁹³ pero no de personal fijo tal cual se entiende en el derecho laboral ordinario. Y es que, para dicha jurisprudencia, de la que puede ser representativa la STSJ de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2011 (Rec. 1693/2011), que apela al sentido funcional de la sucesión de empresas anteriormente aludido,¹⁹⁴ hay que considerar que:

192. No es objeto de este trabajo el análisis del personal laboral «indefinido no fijo», pero respecto de la figura y sus consecuencias puede verse GOERLICH PESET, J. M. y 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), pp. 14 y ss., BOLTAINA BOSCH, X., «Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública», *Aranzadi Social*, núm. 4 (2002), pp. 83 y ss., y pp. 121-122 y SALA FRANCO, T., «El personal laboral, la relación laboral especial de empleo público», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid: Lex Nova, 2007, pp. 121-122.

193. De anomalía jurídica califica tal figura MONEREO PÉREZ, J. L., «Las reestructuraciones en el sector público...», *op. cit.*, p. 245, y añade que produce una enorme tensión entre el derecho administrativo y el derecho del trabajo, y, adviértase, en el marco de un orden jurídico global conjuntamente vulnerado!

194. La sentencia, que sigue otra jurisprudencia anterior (STS, Sala de lo social, de 20 de enero de 1998; 19 de junio de 2002, 17 de septiembre de 2002, 19 de noviembre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 27 de diciembre de 2002 y 28 de octubre de 2003), aborda el caso de las trabajadoras que prestaban servicios de limpieza en colegios y otros centros de la localidad de Toro empleadas por distintas subcontratistas del ayuntamiento, subrogándose el 30 de abril de 2004 en sus contratos la empresa Limpiezas, Ajudamientos y Servicios Seralia S. A. Al finalizar el contrato de esta última empresa, el ayuntamiento asumió el servicio y contrató a las trabajadoras que Seralia tenía destinadas a las limpiezas de los diferentes colegios de la localidad, suscribiendo con las mismas un contrato para obra o servicio determinado consistente en la «limpieza de colegios durante el periodo lectivo de los mismos». Al no reconocerse la existencia de sucesión, sino nueva contratación, las dos actoras interpusieron demandas por despido contra el Ayuntamiento de Toro y contra Seralia, siendo, en último término, condenado el Ayuntamiento. De esta forma, la sentencia razona que: «[...] por cuanto en el caso de los servicios de limpieza como los aquí descritos estamos ante una contrata basada en la mano de obra y no en la aportación de medios materiales, de manera que la sucesión se produce mediante la figura de la “sucesión de plantilla” cuando una parte sustancial de la plantilla es asumida por la empresa cesionaria. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha declarado que, en los sectores en los que la actividad se basa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica y, por ello, dicha entidad puede entonces mantener su identidad aún después de la transmisión cuando el nuevo empresario no se limite a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea (véanse, en particular, las sentencias Süzen, antes citadas, y la de 10 de diciembre de 1998, caso Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/1996 y C-247/1996). Esta misma doctrina ha sido aceptada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 27 de octubre de 2004, RCUUD 899/2002. Y en este caso consta probado que el Ayuntamiento se ha hecho cargo de todos de los trabajadores de la anterior contratista, aunque sea a través

[...] sin que a tales efectos tenga ninguna relevancia que dicha empresa sea una Administración pública y ello con independencia de que los trabajadores así integrados en la misma, al no haber pasado por un proceso selectivo destinado a garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, solamente puedan ser considerados en el seno de la misma como «indefinidos no fijos», con las consecuencias previstas en la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, esto es, ello no es obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable y el trabajador indefinido no fijo continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

Asimismo, existen otros pronunciamientos jurisprudenciales que han insistido en dicha conclusión, como la SAN de 29 de octubre de 2013 (ROJ: 4545/2013); STSJ de las Islas Baleares, de 8 de mayo de 2014 (ROJ: 502/2014); STSJ de Canarias, Tenerife, de 22 de diciembre de 2014 (ROJ: 4136/2014); o, por citar un último pronunciamiento, la STSJ de Murcia de 15 de febrero de 2016 (ROJ: 247/2016). Y la doctrina laboralista también se había mostrado, con carácter general, favorable a dicha conclusión.¹⁹⁵

En un primer acercamiento, un «indefinido no fijo» sería aquella persona que, de acuerdo con la legislación laboral, tendría un contrato indefinido pero que, como consecuencia de no haber superado un proceso de acceso al empleo público bajo los principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad y publicidad), no tie-

de la suscripción de contratos temporales, por lo que de facto la organización productiva dedicada a la limpieza de los colegios que venía siendo identificada esencialmente por el conjunto de plantilla adscrito a dicha actividad ha sido asumida directamente por la empresa principal [...].».

195. Por todos puede verse PUEBLA PINILLA, A. de la, «Problemas laborales...», que expone que: «Lo cierto es que hace tiempo que la doctrina judicial encontró respuesta para resolver esta contradicción que plantea la sujeción de la Administración a la normativa laboral. La figura del indefinido no fijo en la Administración pública se diseñó judicialmente para los trabajadores que han de incorporarse a la plantilla de una Administración pública en aplicación de las normas laborales –las que disponen, por ejemplo, la conversión en indefinidos de los trabajadores contratados fraudulentamente como temporales–. Se trata de trabajadores permanentes que no han adquirido la “fijeza”, la condición de fijo de plantilla (y en consecuencia carecen de derecho al puesto), porque no han accedido al mismo de conformidad con el procedimiento reglamentario establecido para los puestos de carácter permanente». Esa misma solución sería aplicable para estos casos en los que la incorporación a la plantilla de ente público se produce ex artículo 44 ET. A esta conclusión no se opone el artículo 91 LBRL ni el artículo 301.4 RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), que prohíbe «la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante». Debe recordarse que este precepto va referido a los contratos de servicios y no a los de gestión de servicios públicos, a los que se reconducen la mayoría de los supuestos que se analizan. La referencia a la consolidación, por otra parte, podría interpretarse como una prohibición de incorporar con carácter definitivo a este personal en la plantilla municipal sin someterla a los procedimientos de acceso reglamentarios, pero no necesariamente como un obstáculo insalvable para su incorporación en los términos propuestos. Tampoco es determinante, en la medida en que tiene el valor de una mera recomendación, la DA 1a RDL 20/2012, que dispone que «los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos.».

ne la consideración de fijo,¹⁹⁶ siendo que esta declaración queda reservada a los tribunales.¹⁹⁷

Conviene recordar, asimismo, que el propio TS calificó de problema complejo, difícil y especialmente vidrioso la cuestión referida a la indefinición de la relación jurídica laboral en el ámbito de la Administración pública, señalando la complejidad que implica la existencia convergente de normas pertenecientes a las ramas social y administrativa del derecho, inspirada cada una de ellas en principios y dictadas con fines diferentes, cuando no esencialmente contradictorios (SSTS de 18 de julio de 1990 y de 24 de julio de 1997).

La situación, no debe olvidarse, era tributaria, en gran medida, de la actitud descuidada y arbitraria de la propia Administración y, sobre todo, de algunos de sus gestores, quienes de forma reiterada y amparándose en una supuesta situación de ausencia de responsabilidad han actuado de forma irresponsable consagrando el abuso de derecho y el fraude de ley como técnicas habituales de contratación, y como remedio irregular para suplir la falta de una adecuada planificación de plantillas y, con ello, desconociendo los más elementales principios del derecho laboral.

Y, por si fuera poco, en ausencia a efectos prácticos de cualquier tipo de responsabilidad. Al menos hasta ahora.¹⁹⁸ Bien es cierto que, en el caso de las en-

196. Puede verse, en torno a este punto, VEGA LÓPEZ, J. J. y 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, 24 de abril y 7 de julio de 1997)», *Relaciones Laborales*, núm. 1 (1998), pp. 569 y ss., que exponen que en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 octubre 1996 se recoge lo siguiente: «Los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente (y la misma conclusión debe valer para el despido nulo) se aplican en su integridad a los despidos acordados por las administraciones públicas, sin que los principios de mérito y capacidad establecidos en el art. 103.3 de la Constitución sean obstáculo para la imposición a la Administración empleadora de deberes de indemnización o de readmisión. Ahora bien, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial unificada, esta conclusión no enerva el deber de las administraciones públicas de mantenimiento a los sistemas o procedimientos de contratación que concreten la puesta en práctica de tales principios constitucionales. De esta segunda premisa general se desprende una consecuencia para la decisión del caso enjuiciado, que supone una precisión o matización de la doctrina de la Sala en la materia. Tal precisión no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración pública, y puede formularse como sigue: la contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido (fundamento de derecho segundo)».

197. Puede verse, respecto de este aspecto, en la actualidad, la disposición adicional trigesimocuarta, apartado 2, de la LPGE 2017, que contiene una expresa prohibición al afirmar que «[...] los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial». También puede consultarse mi comentario sobre esta cuestión, también reciente, en <<http://www.acalsl.com/blog/2016/05/pueden-los-ayuntamientos-declarar-al-personal-laboral-en-la-condicion-de-indefinido-no-fijo>>.

198. En efecto, la Ley de PGE para 2017 recoge, en su disposición adicional trigesimocuarta, bajo el epígrafe *Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral*, las siguientes previsiones:

«Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las administraciones públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsions de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.

Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las administraciones públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.

Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las administraciones públicas.

tidades locales, cabía deducir lo mismo, en el supuesto de tener que hacer frente a indemnizaciones a tenor de lo dispuesto en la legislación local.¹⁹⁹ Y, de hecho, los tribunales penales han estimado, en ciertos supuestos, la existencia de prevaricación.²⁰⁰

Esta labor «cuasilegislativa» de la jurisprudencia ha supuesto que los tribunales hayan tenido que articular una salida más o menos equilibrada a la situación, en aras de salvaguardar principios constitucionales, que ha sido recogida *ex post* finalmente por el legislador.²⁰¹

Y figura, habremos de añadir, que ha sufrido una importante evolución, ya que la creación jurisprudencial de la figura del trabajador «indefinido no fijo» ha acontecido a lo largo de diversas etapas que pondrían de manifiesto el conflicto entre

Cuatro. Las administraciones públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1.18.a de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las administraciones públicas y el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas».

199. En efecto, el artículo 78 de la LBRL establece que:

«1. Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable.

2. Son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente.

3. Las Corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si estos hubiesen sido indemnizados por aquella.

4. Los Presidentes de las Corporaciones locales podrán sancionar con multa a los miembros de las mismas, por falta no justificada de asistencia a las sesiones o incumplimiento reiterado de sus obligaciones, en los términos que determine la Ley de la Comunidad Autónoma y, supletoriamente, de del Estado».

200. En efecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 julio 2001 llegó a apreciar la comisión por el Alcalde y diversos Concejales del Ayuntamiento de Pontearreas de un delito continuado de prevaricación administrativa, por causa de la conversión en indefinidos no fijos de diversos trabajadores precarios fraudulentamente contratados, afirmando lo siguiente:

«Son casos en los que se contrataba con carácter temporal bajo el pretexto de la necesidad o la urgencia y con referencia a la cobertura por algún Decreto. Hasta aquí puede aceptarse pero después se suceden prórrogas de ese contrato cuando ya no es justificable ni la urgencia ni la necesidad, con lo que resulta discutible su cobertura legal. Y finalmente, ya sin motivación alguna aquel contrato temporal, de naturaleza provisional, se convierte sin más en indefinido o fijo, sin que se haya seguido ningún trámite previo ni de creación del puesto de trabajo, ni de oferta de empleo ni por supuesto de selección entre aspirantes. Este último paso, culminación de los precedentes, es ya constitutivo del expresado delito de prevaricación». En el mismo sentido puede verse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 5 mayo 2014 que condena a un Alcalde con inhabilitación especial por incurrir en prevaricación administrativa. El supuesto de hecho enjuiciado se refería a la esposa del alcalde de Villalgordo del Júcar, contratada como indefinida no fija por el Ayuntamiento en cuestión, con el siguiente triple resultado: 1) «con fecha 27 de mayo de 2009 se resuelve por el Juzgado de lo Contencioso 1 de Albacete el recurso interpuesto por el ahora querellante Teodulfo, Portavoz del grupo municipal popular del Ayuntamiento [...] en el que se impugnaba la contratación efectuada [...] acordándose la nulidad de pleno derecho de las resoluciones de la alcaldía [...] y [...] obligando al Ayuntamiento a resolver los contratos laborales declarados nulos»; 2) en cambio, «la Sentencia de 4 de septiembre de 2009 del Juzgado de lo Social 1 de Albacete declara la improcedencia del despido efectuado, despido efectuado en cumplimiento de la sentencia contenciosa, y establece la obligación del Ayuntamiento de indemnizar a la trabajadora»; y 3) por último, «en 21 octubre 2013, el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Albacete condena al querellado por la comisión del citado delito de prevaricación administrativa».

201. Así, fue modificada la disposición adicional 15 del ET, mediante la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, estableciendo que:

«Lo dispuesto en el art. 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el art. 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.»

Con posterioridad, asimismo, ha de citarse las reformas introducidas a través de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre e, igualmente, el propio EBEP en sus artículos 8 y 11 deja entrever la existencia de la figura, bien es que cierto que por motivos distintos (su inclusión traía causa de una enmienda del grupo vasco para reconocer dicha condición a los profesores de religión).

los principios que informan el derecho laboral, y sus incumplimientos por los empleadores públicos, y los principios que ordenan el acceso al empleo público. En realidad, dicho conflicto siempre estuvo presente, incluso con anterioridad a otorgar carta de naturaleza a dicha figura.²⁰²

En definitiva, y si se opta por esta vía, esta situación implicaría en principio, en la actualidad, las siguientes consecuencias para los trabajadores que se integran en la Administración procedentes de servicios prestados, de forma previa, por empresas privadas:

— La naturaleza jurídica de su relación contractual será indefinida no fija o temporal en función de la que tuviere en origen.

202. De esta forma, en una primera etapa, los tribunales se inclinaron por la aplicación de las normas administrativas, entendiéndola inadmisibles que la comisión de irregularidades en la contratación temporal de personal al servicio de la Administración pública pudiera dar lugar a un puesto de trabajo estable en la misma (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1985, 21 de febrero de 1986, 9 de abril de 1987, 7 de julio de 1988 o 27 de noviembre de 1989). Las consecuencias de esa decisión se plasmaban en el mantenimiento de la temporalidad del contrato de trabajo, a pesar de las irregularidades cometidas por la Administración en su actuar como empleador.

En un tercer momento, la jurisprudencia asumió una actitud más contundente frente a las prácticas abusivas desarrolladas por la Administración pública en la contratación temporal, aplicando en sentido estricto la normativa laboral, lo que comportaba la conversión de los contratos temporales irregulares en fijos, solución jurisprudencial más respetuosa con la normativa laboral y más garantista con los derechos de los trabajadores (SSTS de 11 de febrero de 1991 o 6 de mayo de 1992), pero que obviaba la aplicación de los principios constitucionales aplicables al acceso al empleo público.

En una tercera fase se produce, ahora sí, el reconocimiento de la figura del trabajador que dio en llamarse «indefinido no fijo». Se parte en este momento de la consideración de que la contratación irregular llevada a cabo por la Administración ha de suponer la aplicación en su integridad de la legislación laboral, sin que los principios de igualdad, mérito y capacidad supusieran un obstáculo para la imposición a la Administración, en su posición de empleadora, de deberes indemnizatorios o de readmisión, pero a su vez se mantiene que esta solución no puede enervar la obligación de la Administración de atender a los procedimientos de contratación que concreten los principios constitucionales, concluyendo que el contrato temporal irregular puede ser calificado como indefinido, pero sin que el trabajador tuviera carácter de fijo en la plaza (SSTS de 10 de diciembre de 1996 o 24 de abril de 1997). Nada, sin embargo, se aclaraba sobre el alcance y las consecuencias de esta figura jurisprudencial emergida para cohesionar los principios derivados del ordenamiento laboral y administrativo.

Una cuarta etapa, que se abre a caballo con la anterior, comienza a consolidar la figura y va a delimitar, en clara desventaja para el trabajador en cuanto a la extinción de su contrato, el alcance y las consecuencias de dicha definición. En efecto, a finales de los noventa, el Tribunal Supremo va a establecer que el carácter indefinido del contrato implica, desde una perspectiva temporal, que no esté sometido directa o indirectamente a un término, pero sin que ello suponga que el trabajador consolide condición alguna de fijeza sin superar procedimientos selectivos que garanticen los principios constitucionales de acceso al empleo público; la consecuencia necesaria es que la Administración había de promover la cobertura de la plaza por los procedimientos reglamentarios (SSTS de 20 y 21 de enero de 1998, 27 de marzo de 1998 o 22 de septiembre de 1998). Las consecuencias del razonamiento seguido eran que la ocupación de la plaza se constituye en causa lícita de extinción del contrato de trabajo, procediendo el cese del trabajador indefinido no fijo. Respecto del régimen de extinción del contrato de trabajo aplicable a este tipo de trabajadores, la STS de 27 de mayo de 2002 reitera estos últimos pronunciamientos, indicando que la ocupación efectiva de la plaza desempeñada por un trabajador no fijo pero «temporalmente indefinido» mediante un procedimiento selectivo, hace surgir una causa de extinción contractual derivado de un motivo resolutorio consignado válidamente en el contrato, lo que conlleva la extinción de la relación contractual sin indemnización alguna.

El último *iter* en esta evolución lo constituye la asimilación del indefinido no fijo al «interino por vacante» y el reconocimiento de un derecho a ser indemnizado en caso de cese, ya se trate por cobertura de la plaza o por amortización de la misma en caso de no ser necesaria. Con algún antecedente anterior menos decisivo, será la STS de 24 de junio de 2014 la que comience a establecer consecuencias económicas para la extinción de dichos contratos.

En esta sentencia se estima que debieron seguirse los trámites del despido colectivo en el caso de amortización de plazas servidas mediante contratos de interinidad por vacante, en virtud de un acuerdo modificativo de la RPT. La esencia del cambio de doctrina reside en la consideración de que el contrato de interinidad es un contrato sujeto a término y no a condición resolutoria, de tal modo que dado que si «ni la norma ni el contrato contemplan otra causa de extinción», la amortización de esos puestos mediante una nueva ordenación de las plazas, aunque sea lícita, no puede conllevar la «automática extinción del contrato de interinidad». Al tramitarse estas extinciones por la vía del artículo 51 ET, habrá que estar a la concurrencia o no de las causas allí previstas —económicas, técnicas, organizativas o de producción—, como en cualquier otro despido objetivo o colectivo «común».

Y extrae la natural consecuencia de que, en aplicación de la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores, han de seguirse los trámites de los artículos 51 y 52 ET y 37 y siguientes del Reglamento de Despidos Colectivos (RD 1483/2012). Por tanto, razona el tribunal, es un acto de la empleadora que supone la extinción de un contrato temporal «antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para la otra parte» que debe ser indemnizado en aplicación de los artículos 51, 52 y 56 del ET. Asimismo, la STS de 14 de julio de 2014, si bien trae causa de un proceso individual de reclamación por despido y se plantea la controversia de la calificación de la contratación del actor como indefinido no fijo o como interinidad por vacante, ofrece una solución idéntica a la de la sentencia de 24 de junio, entendiendo que ambas situaciones son equiparables y, en consecuencia, la nueva doctrina es extrapolable a este caso.

— El estatuto derivado de dicha integración implica el mantenimiento de las condiciones de origen, quedando circunscrita la movilidad por cualquier vía –ascensos, traslados, etc.– a la unidad productiva que guarde identidad con la entidad absorbida, fusionada o extinguida.

— Su categoría y su ocupación no pueden variar, quedando vinculado a la plaza ocupada.

— El cambio doctrinal operado en el Tribunal Supremo respecto de la consideración del trabajador indefinido no fijo, entendiendo que dichos contratos no tienen término y no están sujetos a una condición resolutoria, implica que el vínculo laboral no puede extinguirse por mera voluntad del empleador, amortizando la plaza o no interesando su cobertura, debiendo seguirse los trámites de los artículos 51 o 52 ET, según se trate de despido colectivo u objetivo, respectivamente, computando estas extinciones en el cálculo de los umbrales del despido colectivo, con derecho a la obtención de la indemnización que corresponda.²⁰³

— La mera incorporación no hace que se adquiera la condición de empleado público, aunque se tiene el derecho, o más bien la oportunidad, de acceso me-

203. En el ámbito europeo, mientras tanto, se llegaba a idénticas conclusiones, si bien es cierto que, en este caso, en aplicación de las directivas de la UE con relación a la extinción de la relación laboral del personal indefinido no fijo (véase el TJUE en su auto de 11 de diciembre de 2014, recaído en el caso C-86/14, León Medialdea contra Ayuntamiento de Huétor Vega). El TJUE estableció que, si bien no cabe deducir de la cláusula 5 de la directiva una aplicación directa ante los tribunales nacionales, esta sí obliga a los Estados miembros a establecer medidas efectivas a fin de evitar y sancionar la utilización abusiva de los contratos temporales, medidas que han de ser efectivas, disuasorias y proporcionadas, como también recordaba el caso Impact contra Minister For Agriculture and Food de Irlanda y otros en la STJUE de 15 de abril de 2008.

El auto del TJUE vuelve a recordar que la directiva se aplica, sin distinción, «a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador». Vinculación que, en el caso del Juzgado de lo Social n.º 1 de Granada sometido a su examen, resulta evidente al haberse formalizado dos contratos de duración determinada, convirtiéndose la relación laboral en indefinida no fija, conforme a la normativa nacional aplicable, añadiendo que «carece de importancia a este respecto que el contrato de trabajo se denomine tras su conversión “contrato indefinido no fijo”, dado que, como se desprende del auto de remisión, tal conversión es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos», encontrándose incluida la trabajadora en cuestión dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco.

El TJUE se pronuncia sobre el fondo de la cuestión, que gira en torno a la no conformidad con la normativa europea de una norma como la española que no prevé medidas tendentes a evitar la utilización abusiva de los contratos temporales, habida cuenta que la relación indefinida no fija «puede extinguirse por decisión unilateral del empleador de proveer o amortizar la plaza del trabajador de que se trata, sin abonarle indemnización alguna, dado que no existe ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno para sancionar tales abusos».

Medidas, sigue razonando el Tribunal, que han de poner freno a estas actuaciones, que la directiva califica como contrarias a derecho y que «no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco», al igual que la adopción de las medidas en aplicación del principio de equivalencia, «no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno» y en aplicación del principio de efectividad tampoco deben «hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión».

Pero aún de mayor interés resultan las célebres tres sentencias dictadas por el TJUE el día 14 de septiembre de 2016, y que corroboran lo expuesto, a saber: la sentencia TJUE –asunto C-596/14, Ana de Diego Porras y Ministerio de Defensa–, todas ellas en casos prejudiciales de España, la segunda sentencia del TJUE –asunto C-16/15, María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud–, y la tercera sentencia del TJUE, de igual fecha –asuntos acumulados C-184/15, Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud, y C-197/15, Juan Carlos Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz– y que han sido seguidas mayoritariamente por los tribunales españoles. Así, en primer lugar, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 5 de octubre de 2016, relativa al caso de Ana de Diego, va a declarar que: «No se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva». Después, sin embargo, otros fallos, como el contenido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 16 de noviembre 2016 (Rec. 1515/2016 y Rec. 1411/2016) van a reconocer la indemnización de 20 días. Más específicamente, y para el caso de los indefinidos no fijos, es de señalar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 8 de noviembre 2016 (Rec. 2142/2016) en el que en una extinción por cobertura reglamentaria de plaza reconoce dicha indemnización. Finalmente, ha sido el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de marzo de 2017 quien ha sentado doctrina en lo relativo a las indemnizaciones que han de recibir estos trabajadores cuando son despedidos porque la plaza que ocupaban estaban en la lista de plazas convocadas en unas oposiciones y no son ellos quienes la ocupan, al señalar que acoge el derecho a dicha indemnización.

diante los procedimientos selectivos oportunos que, ahora y tras la LPGE 2017, se otean de forma más flexible en un próximo escenario.

Es preciso, sin embargo, poner de manifiesto que la figura del «indefinido no fijo» responde más a una dinámica de parches jurisprudenciales, fruto de la precariedad normativa, que a una decisión racional y bien estructurada respecto de sus consecuencias. La falta de previsión de las normas que permitieron la introducción masiva del personal laboral en el empleo público ha hecho necesaria la creación de un régimen jurídico por vía de doctrina jurisprudencial a raíz de la conflictividad acontecida en materias relacionadas con el fraude en la contratación temporal laboral de las administraciones públicas que, con posterioridad, se ha ido extendiendo a otras situaciones. A título de ejemplo, la cesión ilegal de trabajadores, y que con idéntico criterio se ha tratado de extender ahora a estos procesos de reinternalización de servicios que, en realidad, responden a una dinámica y a una lógica autónoma y distinta.

En cualquier caso, no creo que sea la solución más adecuada. No es tan solo el desconcierto que ha provocado, y sigue provocando, el régimen jurídico de tal figura en las entidades públicas, sin perjuicio de la constitucionalidad de la misma y de que dicha figura de creación jurisprudencial no parezca contraria a las directivas europeas que se ocupan del fraude en la contratación laboral,²⁰⁴ sino que seguiremos propiciando que esta se convierta en un verdadero cajón de sastre al que van a parar todos aquellos supuestos en los que se produce un conflicto entre las previsiones del derecho laboral y los principios de acceso al empleo público. Y ni todos los supuestos son idénticos ni tampoco las causas por las que se producen son iguales.²⁰⁵ Desde luego, no puede equipararse una situación de absoluta normalidad en el desarrollo de la relación laboral, que es la que resulta de la aplicación del artículo 44 ET, con la derivada del fraude y el abuso en la contratación temporal.

En este sentido, dos reflexiones que a continuación siguen mostrarán lo errado de tal camino, a la vista de que ni en sus efectos prácticos ni por lo que se refiere a lo acertado de su elección en estos supuestos resulta aconsejable optar por dicha solución.

La primera de ellas consiste en un hecho fáctico, que desvirtúa en gran medida la prevalencia de los principios que disciplinan el acceso al empleo público, si

204. La doctrina jurisprudencial sobre el trabajador indefinido no fijo ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en los Autos 122/2009, 124/2009 y 135/2009. Asimismo, la cuestión de las «medidas legales equivalentes», derivada de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, que establece la obligación del Estado de prever una serie de medidas para desincentivar el encadenamiento de los contratos ha sido analizada en particular en las sentencias del TJCE de 7 de septiembre de 2006, asuntos C-53/04 (caso Marrosu y Sardino) y C-180/04 (caso Vassallo), de las que cabe concluir que el TJCE entiende que una normativa nacional que no reconoce la conversión del contrato en indefinido, pero que establece «normas imperativas respecto a la duración y renovación de los contratos de duración determinada y el derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo por la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada» parece ser ajustada a la citada directiva.

205. Mi postura, en esos casos de fraude, ha sido bastante clara desde hace años. Puede verse, a este respecto, «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).

miramos a lo que ha acontecido históricamente. Y es que el notorio incremento de este tipo de personal «indefinido no fijo» en los entes locales a lo largo de estos años de contención de plantillas en que, en la mayor parte en fraude de ley, se ha procedido a la contratación de nuevo personal temporal eludiendo las prohibiciones que las normas presupuestarias habían establecido a tal fin, ha tenido como consecuencia la generación de importantes bolsas de este tipo de personal por la razón apuntada y por otras que serán determinantes del inicio de procesos formales de acceso al empleo público, en los que planeará, sin lugar a dudas, un peligro cierto de que tan solo formalmente se respeten los principios que presiden el acceso a dicho empleo.²⁰⁶

La segunda es que, al menos en mi opinión, cuando dicho proceso se produce *ex lege*, vía artículo 44 ET, por concurrir las circunstancias que ameritan la sucesión de empresas, no alcanzo a comprender por qué ha de variar el régimen jurídico de los trabajadores pasando de ser trabajadores «fijos» a trabajadores eventuales y, por tanto, precarios, por mucha calificación de «indefinidos no fijos» que quiera dárseles. En definitiva, realizando una novación objetiva, y no solamente subjetiva, en el contrato de trabajo que determina un estatuto laboral distinto, y más perjudicial para el trabajador, al que tenían en la empresa cedente. La conversión de «fijo» a «indefinido no fijo», con la consiguiente mutación de la relación laboral en perjuicio de la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados supone,

206. Es preciso indicar la influencia que la expuesta doctrina judicial relativa a la indemnización en caso de extinción de los contratos de trabajo de los indefinidos no fijos presenta en las medidas normativas que se están adoptando. En efecto, a lo largo de la crisis económica que hemos venido padeciendo desde 2008, pero muy especialmente tras la congelación de las Ofertas de Empleo Público en 2012 y años siguientes, el recurso a la contratación temporal de nuestras administraciones públicas (especialmente las locales) ha sido imparable. La necesidad de que los servicios siguieran prestándose y las exiguas tasas de reposición de efectivos no permitían emprender procesos selectivos. Como consecuencia de ello, y a pesar de las restricciones a la contratación temporal y a los nombramientos interinos, o precisamente por estos, se ha generado desde entonces una bolsa de contratación temporal en gran medida irregular y fraudulenta.

El resultado es, como se está exponiendo y tras la jurisprudencia a que se ha hecho referencia, que la finalización de esas situaciones irregulares, ya fuese por amortización de plazas o mediante los procedimientos selectivos oportunos, plantea o puede plantear importantes costes para estas administraciones en caso de que, puestos en marcha procesos selectivos dirigidos a acabar con dicha irregular situación, no fueran los que superaran esos procesos el personal contratado actualmente.

Pues bien, la Oferta de Empleo Público para 2017 contempla previsiones que, a buen seguro y dada la experiencia de que ya disponemos tras el estudio del acceso al empleo público en los últimos años, determinarían en un elevado número de supuestos la consolidación de ese personal a fin de evitar el coste que tendrían las extinciones de los contratos de trabajo. El artículo 19 de dicha ley, en su apartado cuarto, contempla *in fine* la siguiente previsión: «No computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna y las correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial».

Si bien dicha disposición se limita al personal indefinido no fijo declarado así por sentencia judicial, el que no haya sido declarado también podrá acogerse a esta medida, siempre que preste servicios en los sectores delimitados a estos efectos, en virtud de procesos de estabilización de empleo temporal. En efecto, en el apartado sexto, se establecen previsiones específicas para incluir una tasa adicional para estabilización de empleo temporal, que incluirá hasta el 90 % de las plazas que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016. Junto a la previsión de las ofertas de empleo que articulen estos procesos de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos Diarios Oficiales en los ejercicios 2017 a 2019, y serán coordinados por los departamentos ministeriales competentes, se prevé, como no puede ser de otra forma, que la articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes administraciones en el desarrollo de los mismos.

Y es que, ¿cómo se articularán esos procesos tras ser negociados con las centrales sindicales que, a buen seguro y resulta hasta cierto punto lógico, tienen entre sus afiliados en muchos casos de forma mayoritaria a trabajadores en las circunstancias relacionadas? ¿Cuál será la posición de la Administración si procesos selectivos exigentes podrían determinar un elevado coste? Son interrogantes, y tentaciones, que a buen seguro planearán a lo largo de este proceso.

desde mi punto de vista, una privación de derechos que no es resarcida de forma suficiente, sino antes bien al contrario.

Por otro lado, la invocación de los principios constitucionales de acceso al empleo público, y soy consciente de la posición singular de la Administración pública,²⁰⁷ no empece para mantener esta conclusión. Nótese que no me estoy refiriendo a los supuestos de fraude de ley que, sistemáticamente, han sido denunciados por la doctrina y la propia jurisprudencia, o a la cesión ilegal de trabajadores en que podemos encontrar notas que justifiquen la no conversión de un trabajador eventual en uno fijo de plantilla en el sector público,²⁰⁸ sino de trabajadores que, ajenos a las decisiones unilaterales de un ente público, y como consecuencia de ellas, ven precarizada su relación jurídica laboral. ¿Podemos operar, en estos supuestos, de la misma forma? En mi opinión, no. No solo porque, a buen seguro, más tarde o más temprano ello sería vetado por la justicia europea al situar al trabajador en una posición más desfavorable, sino también por razones de justicia material, ya que dichos trabajadores han demostrado suficientemente –nótese que en la mayor parte de los casos se trata de profesiones que no exigen una alta cualificación– su mérito y su capacidad para desarrollar esos trabajos.

En los procesos estatales o autonómicos de reorganización del sector público se han buscado artificiosos instrumentos, como la declaración de «a extinguir» de la que dimos cuenta y, por ello, resolviendo la contradicción entre las normas administrativas y las normas laborales mediante una interpretación integradora de ambas. En cualquier caso, ello es buena muestra de que no puede resolverse de forma idéntica en todas las circunstancias acudiendo a esa figura a la que nos hemos referido.

B) La opción por el denominado trabajador «subrogado»

MAURI, en opinión que compartimos según lo ya expuesto más arriba,²⁰⁹ también ha puesto de relieve la inadecuada asimilación de dichos trabajadores a la situación de indefinido no fijo que plantea, en opinión del autor referido, inconvenientes e interrogantes no resueltos con el mero recurso al «cajón de sastre» que esta repre-

207. Esta posición singular de la Administración, en el caso concreto de la contratación de personal laboral, ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional, en su Auto 858/1988, de 4 de julio (fundamento jurídico segundo), que declara: «[...] es evidente que la contratación de personal laboral para la Administración pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (art. 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración».

208. Por todos, y en la doctrina administrativista, puede verse RECUERDA GIRELA, M. A. y 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.

209. Dichas consideraciones derivan de mi trabajo 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).

senta.²¹⁰ Básicamente, y en forma resumida, la opinión de este autor se basa en cuatro consideraciones: la sucesión solo puede suponer la asunción de la relación objeto de la misma, pero no su transformación para convertirla en otra de naturaleza distinta (de fija en indefinida); la sucesión es subrogación subjetiva, pero no novación objetiva (STS de 25 de septiembre de 2012, ROJ: 6655/2012); la figura del indefinido no fijo es una respuesta judicial a una gestión irregular en la contratación temporal, mientras que la subrogación es simple cumplimiento de la ley laboral y de la directiva. No existe un contrato laboral indefinido al que se pueda recurrir para operar la subrogación; las entidades de derecho público no pueden contratar indefinidos no fijos (STS de 22 de julio de 2013, ROJ 5057/2012); y, por último, la figura del indefinido no fijo no es admitida cuando la recuperación del servicio se vaya a realizar en una sociedad mercantil de capital público (STS de 18 de septiembre de 2014, ROJ: 4285/2014).²¹¹

Hagamos hincapié en este último aserto, ya que, en efecto, la contratación de las sociedades públicas asimiladas a empresas privadas se ajusta estrictamente al ordenamiento jurídico laboral sin que se vea limitada, con la intensidad que acontece en el empleo público, por los principios rectores de acceso al empleo público y, en particular por el principio de igualdad y mérito (SSTS de 20 de octubre de 2015, ROJ: 215/2015 y de 6 de julio de 2016, ROJ: 3613/2016 haciéndose eco de la doctrina establecida en la STC 8/2015, de 22 de enero). De esta forma, y según expone la anteriormente citada sentencia de 2016, estas sociedades, «aunque forman parte del sector público empresarial estatal (art. 3.2 b) LGP), no son administraciones públicas» (art. 2.2 de la Ley 30/1992), de manera que «se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación» (DA 12 LOFAGE y art. 166 Ley 33/2003, de 3 de noviembre) con la necesaria consecuencia de que, si se opta por este modelo de reinternalización, dicha solución no sería de aplicación, pues no cabe en estos supuestos.²¹²

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

211. En el mismo sentido puede verse 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; también MONEREO PÉREZ, J. L., «Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos», *Temas Laborales*, núm. 135 (2016), pp. 306-307.

212. Se ha de poner de relieve, sin embargo, que existen ciertos matices en la doctrina del Tribunal Supremo en este punto pues, en el caso de la cesión ilegal de trabajadores, la STS de 23 de noviembre de 2016 (ROJ: STS 5417/2016), expone que «de acuerdo con ella, en los casos de cesión ilegal donde aparece implicada una Administración pública (o una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las administraciones públicas) la declaración judicial que corresponde en aplicación del art. 43.4 ET es que el trabajador está vinculado a la entidad empleadora por contrato indefinido y no como trabajador fijo (SS. de 17-9-02, RCU 3047/01 y de 19-11-02, RCU 909/02 entre otras). En el supuesto enjuiciado, TVG S.A. es, como es notorio, una empresa propiedad de una Administración pública en la que la contratación del personal ha de estar sometida a los principios de igualdad, publicidad y mérito. De ahí que la atribución de fijeza a sus empleados, incluidos los que adquieren tal condición por la vía del art. 43.4 ET, requiera la superación de un concurso de méritos. En particular, la aplicación a las empresas públicas de la selección del personal laboral por concurso de méritos se contiene entre otras muchas en las sentencias de 21-5-08 (RCUD 4607/06), para Correos y Telégrafos, y de 12-5-08 (RCUD 1956/07), para el Ente Público RTVE».

En este sentido, MAURI opta por la figura que, haciendo suya la denominación de SOTO RIOJA,²¹³ denomina trabajador subrogado, y cuya consecuencia principal es la de mantener, como quiere la directiva europea, las mismas condiciones laborales que tiene el trabajador afectado por dichos procesos que no ve así alterado su estatuto jurídico, sino que simplemente pasa a prestar sus servicios a un nuevo empleador en este supuesto de carácter público, bien es cierto que sin la condición de empleado público.²¹⁴

La solución, ciertamente, ya se había apuntado por nuestro Tribunal Supremo en los procesos de reestructuración del sector público andaluz en los que se planteaba un cambio de empleador público, bajo distinta fórmula organizativa, en la misma organización,²¹⁵ y de los que nos hacíamos eco al principio de este trabajo, pero que, a nuestro juicio, son perfectamente trasladables a estos supuestos en que, asimismo, si bien hay un empleador privado (el cedente) se produce el mismo negocio jurídico, pues de lo que se trata es de un cambio en las formas de gestión de los servicios públicos.

La contradicción que dicha posición supone con respecto a lo prevenido en la disposición adicional primera del EBEP que, como se sabe, hace aplicables a las sociedades de capital público los principios relativos al acceso al empleo público previstos en el artículo 55 EBEP pueden salvarse en la medida en que dichos trabajadores no gozan de la condición de empleado público que, como resalta, la STS de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014 (ROJ: 502/2014), sería la circunstancia clave para entender de aplicación dichas previsiones. En la sentencia de apelación se trata de determinar si la circunstancia de ser la empresa sucesora una sociedad mercantil de titularidad pública permite inaplicar la regla del artículo 44 ET, según la cual el nuevo empresario queda subrogado «en los derechos y obligaciones la-

213. Citado por MAURI la referencia corresponde a SOTO RIOJA, S. de, «Sucesión de empresas y de contratos: puntos críticos de la regulación y del tratamiento convencional», en CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 619.

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

215. Baste señalar, a este respecto, la STS de 17 de febrero de 2016 (Rec. 3944/2014) en que se debatía si las normas que abordaron la reorganización del sector público andaluz y que habían dado lugar a la integración de las empresas públicas extinguidas en agencias de nueva creación, con la consecuencia de que ese personal, seleccionado en su día por normas de derecho privado, había pasado al empleo público sin someterse a pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de ofertas públicas, eran contrarias a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, el tribunal expone que: «Esos datos impiden apreciar en la integración aquí controvertida, regulada por esas disposiciones adicionales tercera y cuarta del Decreto 99/2011, un acceso al empleo público que merezca ser calificado de gratuito, ilegal o injustificadamente discriminatorio. No es ilegal porque, por un lado está amparado en lo que establece la Ley 1/2011 (disposición adicional cuarta 1.b) y, por otro, es coherente con lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Tampoco es gratuito, arbitrario o injustificadamente discriminatorio, porque pretende cohesitar la nueva configuración del sector público de Andalucía, dispuesta por el legislador autonómico, con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en las entidades o empresas públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida; y porque la integración no supone ningún plus adicional al "status" laboral que antes poseía el personal integrado, al quedar circunscrita, como ya se ha señalado, a la Agencia que ha sucedido en su actividad a las entidades o empresas públicas suprimidas, y no permitir a dicho personal pasar por vías excepcionales a la Administración pública de la Junta de Andalucía. La conclusión que se deriva de lo anterior es que esa integración aquí polémica dispuesta por el Decreto 99/2011 no puede considerarse contraria al derecho reconocido por el artículo 23.2 CE, en su vertiente de acceso a la función pública; pues no afecta a los miembros del sindicato recurrente en esta casación que ya son funcionarios de carrera o personal laboral fijo de la Junta de Andalucía, y tampoco significa, por lo ya dicho, una desigualdad de trato que, por carecer de justificación razonable, merezca la calificación de discriminatoria respecto de los empleados de esas entidades que sean funcionarios interinos o personal laboral temporal».

borales y de seguridad social del anterior empresario» o si, como consecuencia de la normativa aplicada en la sentencia recurrida, se produciría una novación impropia que afectaría a la naturaleza del contrato, pasando de fijo a indefinido «no fijo», concluyendo que no es posible. De dicho razonamiento extrae la natural consecuencia de la integración en la sociedad pública de dichos trabajadores sin que obste a ello las previsiones establecidas en el EBEP.²¹⁶

Y es que estos procesos de reestructuración de las formas de prestación de los servicios públicos en los que son de aplicación las directivas comunitarias atinentes a esa materia presuponen la aplicación preferente de las mismas frente al derecho interno (STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106/77) y, por consiguiente, la inaplicación de lo prevenido en dicha disposición adicional primera, ya que estas no contemplan excepción alguna a la conservación de las situaciones preexistentes que impliquen una novación objetiva de la relación laboral en función del sistema selectivo que rige en el empleo público.²¹⁷ Se trata, en estos supuestos, de simple y llana trasposición y aplicación directa del artículo 1.1 de la Directiva 2001/23 /CE, de 12 de marzo.

Esta posición, por lo demás, parece avalada por la disposición adicional vigesimosexta de la Ley de PGE 2017. En efecto, el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado incluía, precisamente respecto de la cuestión que nos ocupa, previsiones específicas en la disposición adicional vigesimoséptima (finalmen-

216. Explica, en este sentido, la sentencia referida que:

«Esta norma, a juicio de la sala, no impide la aplicación de lo establecido en el artículo 44 ET porque lo que se regula en la misma son los principios rectores del acceso al empleo público y la subrogación de los demandantes no supone su acceso al empleo público, quedando limitada su contratación al ámbito de la propia sociedad demandada y quedando excluido, como hemos visto, de la aplicación de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en cuyo artículo 3.3.c) se excluye de su aplicación al “personal laboral propio de las empresas públicas”, siendo esta la condición que pasan a ostentar los demandantes como consecuencia de la subrogación operada, pues en el artículo 6 de los estatutos sociales de la demandada (BOIB núm. 169 de 27 de noviembre de 2004) se establece que su personal se integra por funcionarios destinados en comisión de servicios, personal laboral de la Consellería de Interior que sea transferido y por “personal laboral propio de la empresa”, el cual no tiene la condición de empleado público, sin perjuicio de que se le apliquen aquellas normas del EBEP en que expresamente se establezca.

Desde esta perspectiva, la disposición adicional primera de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y su remisión a lo establecido en el artículo 55 debe interpretarse en el sentido de que las sociedades mercantiles de titularidad pública deben reclutar a su personal mediante procesos selectivos que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, pero ello no impide que cuando estas sociedades pasan a desarrollar un servicio que venía siendo desarrollado por una entidad privada y se subroga en el personal que venía prestando servicios para aquella, quede exonerada de las obligaciones que impone el artículo 44 ET, pues el artículo 51 de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears establece que “las sociedades mercantiles públicas se rigen por el ordenamiento jurídico privado” excepto en los aspectos a que se refiere la normativa de derecho público que les sea de aplicación, sin que existan norma alguna que permita inaplicar a estas sociedades la mencionada norma estatutaria.»

Y sigue argumentando, de esta forma, que:

«En consecuencia, la subrogación de los demandantes se produce con los mismos derechos que ostentaban en la anterior empresa y, por tanto, con la condición de trabajadores indefinidos “fijos de plantilla”, no pudiendo transformarse su contrato en otro sometido a la condición resolutoria de que su puesto de trabajo sea cubierto por ulteriores procesos selectivos. Esta novación contractual no está prevista por norma de derecho público alguna, ni está justificada por el hecho de que las sociedades mercantiles de titularidad pública deban reclutar a su personal mediante procesos selectivos que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, porque la sociedad demandada no ha procedido a reclutar personal alguno, habiendo quedado subrogada en la posición de empresario por mandato de lo establecido en el artículo 44 ET, sin que conste siquiera la existencia de una relación de puestos de trabajo que como consecuencia de la subrogación hayan sido adjudicados a los demandantes. Se trata más bien de la asunción de un servicio con todo el personal en las condiciones establecidas en el mencionado artículo 44 ET.»

217. Puede consultarse, respecto de este punto, SALA FRANCO, T., «El acceso al empleo público laboral», en ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. M. (coords.), *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra: Aranzadi, 2015, pp. 30-31.

te quedaría como vigesimosexta en la actual LPGE 2017) que, aclaraba, tenían vigencia indefinida.

En esencia, dicha disposición,²¹⁸ autotitulada «Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público», preveía distintas consideraciones relativas al personal que prestase sus servicios en contratos que se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos. Se extendían dichas previsiones, asimismo, al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que fueran a integrarse en una Administración pública.

Dichas consideraciones, dictadas con carácter básico, se resumen en tres, a alguna de las cuales nos hemos referido con anterioridad:

— Prohibición de incorporación, en calidad de empleados públicos, a la Administración o en una entidad de derecho público, de trabajadores procedentes de servicios externalizados.

— Aplicación, sin embargo, a estos de las previsiones sobre sucesión de empresas que se contienen en la normativa laboral, sin excepción alguna, hemos de añadir.

— En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal procedente de contrata sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos, lo que, *a contrario sensu*, implica que si se incorporan a la Administración pública o entidad de derecho público sí computarían a efectos de la tasa de reposición de efectivos.

218. «Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las administraciones públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las administraciones públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.ª y 18.ª, así como del artículo 156.1 de la Constitución».

La realidad es que el proyecto originario contemplaba una previsión que ha desaparecido en la redacción final, fruto de una enmienda transaccional, y que flexibilizaba su aplicación cuando la reinternalización del servicio se realizaba en una sociedad mercantil pública, a saber: el cómputo a efectos de la tasa de reposición de efectivos. En el proyecto originario sí computaba, pero no lo hace en la redacción final. La inclusión de esa previsión, como podrá imaginarse, imposibilitaba *de facto* la viabilidad de dichos procesos. Aunque, como ahora veremos, la interpretación del apartado dos de dicha disposición presenta una cierta confusión.

Y es que la disposición, francamente mejorable, plantea ciertas dudas, y su objetivo merecería una redacción más inteligible. Comencemos por subrayar la circunstancia atípica de incluir una disposición de vigencia indefinida en una ley, por naturaleza, temporal. Sigamos por la singularidad de los propios títulos competenciales utilizados obviando la invocación del artículo 149.1.7 CE,²¹⁹ y es que no debe olvidarse que la misma afecta a normas tan relevantes como el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Estatuto de los Trabajadores, Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y otra normativa europea, estatal, autonómica y local, además de a convenios colectivos. En tercer lugar, la propia disposición podría limitar la potestad autoorganizativa de las entidades locales en aquellos supuestos en que, como hemos subrayado, la reversión del servicio no se produzca a sociedades públicas. La cuarta, y no en último lugar, es incluir afirmaciones innecesarias, según hemos visto a lo largo de estas páginas, como la aplicabilidad al sector público del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la directiva comunitaria del que este trae causa, ya que no pareciera, a estos efectos y después de la jurisprudencia comunitaria y nacional recaída, haber duda de ello.

En realidad, lo que la norma pretende (su finalidad), junto a las limitaciones ya aludidas, es que fruto de estos procesos dichos trabajadores no se integren en el empleo público estrictamente considerado. De esta forma, lo cierto es que lo que se plantea como una limitación no resulta ser sino el establecimiento de un marco de integración del personal que, procedente de contratas, se incorpora como consecuencia de reinternalizaciones de servicios públicos que se produzcan por cualesquiera circunstancias como trabajadores de la Administración, salvando a estos efectos los obstáculos que los principios de mérito y capacidad oponían a ello,

219. El tema competencial no es menor y, cuando se escriben estas líneas, se ha conocido 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 esta proposición aceptada se pretende añadir un artículo, el 307, al texto refundido de la Ley Municipal de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 2/2003 de 28 de abril, que choca frontalmente con la disposición adicional analizada, con el siguiente redactado: «Se considerarán trabajadores públicos y podrán ser incorporados en esta condición a una Administración pública local o una entidad de derecho público dependiente los trabajadores de las empresas contratistas de concesiones de obras, de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por una administración pública cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por su resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o la intervención del servicio de acuerdo con la legislación de contratos del sector público que resulte de aplicación.»

y sin las contradicciones y la mayor problemática que plantea la calificación de personal laboral indefinido no fijo.

Ahora bien, y salvados dichos extremos, su inserción en el ámbito público es determinante para que la misma se vea sujeta a determinados matices que ha puesto de relieve muy acertadamente MAURI, cuyo punto de vista compartimos plenamente.²²⁰ Dicho de forma resumida, el citado autor señala que la integración del personal en estos procesos ha de tener en cuenta los extremos siguientes: la aplicación del artículo 44 ET determina la conservación de la relación laboral preexistente y mantiene una especial vinculación con su propio tipo de contrato y puesto de trabajo, que puede figurar en un anexo de la plantilla presupuestaria y de la relación de puestos de trabajo; dichas plazas y puestos de trabajo, que por sus especiales características no van a poder integrarse en los instrumentos de ordenación de personal preexistentes, deben continuar existiendo en la condición «a extinguir» hasta su amortización con ocasión de vacante; a este tipo de personal no se le puede reconocer aquellos derechos y expectativas laborales que están subordinados al ingreso en el sector público derivado de un proceso selectivo, lo que tiene como consecuencia necesaria que su horizonte de carrera, provisión de puestos y movilidad ha de quedar circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida y a la estructura de puestos de trabajo en la que se desarrollaban sus funciones en la situación anterior; el personal subrogado mantiene los derechos y obligaciones laborales que se haya consolidado y adquirido sin que alcance a meras expectativas legales o futuras (STS de 6 de octubre de 2015, ROJ: 4840/2015); se conservan las condiciones más beneficiosas que se hubiera podido adquirir sin que una colisión entre estas y normas regulatorias del empleo público baste para eliminar el juego de las instituciones laborales que consagran el mantenimiento de los derechos contractuales preexistentes (STS de 3 de febrero de 2016, ROJ: 907/2016).

Se acude con ello, sin mencionarlo, a la figura del personal subrogado antes aludida, que encontraría, de esta forma, y junto a las disposiciones de reestructuración del sector público a las que se hizo referencia en el comienzo de este trabajo, una cierta carta de naturaleza en nuestro ordenamiento de aplicación a estos procesos de reinternalización de servicios públicos. Si se hace preciso resaltar el enorme interés que resulta de ese esfuerzo de delimitación del régimen jurídico de este personal subrogado, no es menos cierto que esa condición del trabajador afectado en una especie de *burbuja o limbo* no dejará de traer cierta problemática en las relaciones laborales y en las propias condiciones laborales de este.

Y es que, aun cuando resulte más apropiada, sin duda alguna, nos encontramos ciertamente frente a una nueva figura, una nueva categoría laboral también

220. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la...», *op. cit.*, pp. 118 y ss.

en sus inicios de creación jurisprudencial,²²¹ con perfiles todavía desdibujados y que, sin querer hacer profecía alguna, a buen seguro nos traerá nuevos motivos de análisis. Difícil, delicado, y habremos de añadir nuevo y complejo campo de juego en el empleo público en el que, junto al personal laboral EBEP y el personal laboral de sociedades públicas y fundaciones, habremos de añadir el personal laboral indefinido no fijo en los supuestos que proceda dicha calificación y, en el caso de la subrogación en las relaciones laborales, estos trabajadores, carentes de la condición de empleados públicos, y sujetos a su propio régimen jurídico pero que, no se olvide, prestan servicios en el sector público y perciben sus retribuciones del mismo.

10.3.2. Normas jurídicas, legales y convencionales de aplicación a los derechos y obligaciones laborales de los trabajadores reinternalizados²²²

Como es conocido, el artículo 44.4 ET y el correlativo 1.3 de la Directiva 2001/23 CE establecen previsiones directas sobre este punto. Ambos artículos dictaminan

221. Bien que no aceptada por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que entendieron, entre otras la STSJ Andalucía de 29 de octubre de 2012 (ROJ: 9369/2012), que: «De esta forma la integración del personal laboral procedente de las entidades extinguidas no se produce sino como personal laboral sometido al Estatuto Básico del Empleado Público, norma que tiene el carácter de Básico, de manera que no cabe hablar de una categoría especial como sería el personal laboral que procedente de la aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, por razón de sucesión de empresas, resultase sometido a la regulación propia del Estatuto de los Trabajadores y Convenios Colectivos de aplicación. Tal posibilidad resulta descartada, pues no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico».

222. Cabe hacer referencia aquí al Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas acerca de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas.

Este informe de la Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante, Informe) analiza la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 (en adelante, Directiva), a la luz de la experiencia adquirida y, especialmente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tiene en cuenta, asimismo, las respuestas de los Estados miembros y de los interlocutores sociales al cuestionario que les fue remitido por la Comisión, a fin de que esta pueda proponer eventuales modificaciones.

El Informe señala que la Directiva establece la definición de entidad económica (empresas, centros de actividad o partes de empresa o centros de actividad que son un conjunto organizado de medios que permiten el ejercicio de una actividad económica) y cuáles son los requisitos para que se entienda producida una sucesión de empresa o centro de actividad: (i) cambio de empresario y (ii) mantenimiento de la identidad de la entidad traspasada.

El Informe también indica que el ámbito de aplicación territorial de la Directiva viene dado por la entidad económica que haya de traspasarse. Si esta se encuentra dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado o en un país miembro del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia o Liechtenstein).

Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso, quedando el cedente liberado de toda obligación salvo que los Estados miembros establezcan lo contrario, como ocurre en el caso de España.

El convenio colectivo aplicable será el que estuviese en vigor en el momento del traspaso y ha de mantener las condiciones de trabajo pactadas con los trabajadores de la entidad económica cedente hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo. Los Estados miembros pueden limitar el período de mantenimiento de las condiciones. España no prevé limitación alguna.

El Informe señala que salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, como ocurre con el caso de España, la sucesión no es aplicable a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, incapacidad o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes obligatorios de seguridad social de los Estados miembros.

La Directiva prohíbe los despidos cuyo único motivo sea el traspaso, pero no impide los despidos por razones económicas, técnicas o de organización. En España, esta protección contra el despido no se extiende a los altos directivos.

Para el caso de que el trabajador no desee seguir trabajando para el cesionario, corresponde a los Estados miembros determinar el destino que debe darse a esa relación laboral. En el caso español, la resolución del contrato se considera imputable al trabajador. La Directiva, con el fin de garantizar la supervivencia de las empresas insolventes, reconoce a los Estados miembros una cierta flexibilidad en los casos de sucesiones efectuadas en el marco de un procedimiento de insolvencia.

Por lo que respecta a la protección de las funciones de los representantes de los trabajadores, si la entidad traspasada conserva su autonomía esa representación no se ve afectada.

una inequívoca conclusión: la relación laboral de los trabajadores afectados continuará rigiéndose por el convenio colectivo que, en el momento de la transmisión, fuera de aplicación a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida. De esta forma, la STJUE 24, de enero de 2002 (C-51/2000, Temco) establece inequívocamente que el artículo 3.1 Directiva enuncia el principio de la transmisión automática al cesionario de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de los contratos de trabajo existentes en la fecha de la transmisión de la empresa, puesto que la efectividad de los derechos que la Directiva 77/187/CEE confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores.

En realidad, la norma pretende la conservación del contenido de la relación laboral que, hasta el momento, habían tenido los trabajadores afectados por la subrogación. De esta forma, la STS de 3 de febrero de 2016 (ROJ: 907/2016) explica que: Los términos del art. 44 ET son lo bastante amplios (el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior) como para que no quepa duda de que la Agencia debe asumir las condiciones de empleo precedentes. No importa si nos referimos a conceptos salariales o extrasalariales, a contenidos convencionales o a concesiones empresariales. Inclusive, a condiciones más beneficiosas que las que se venían disfrutando (STS 25 de junio de 2014, Rec. 1885/2013). Ahora bien, solo aquellas que están consolidadas en el acervo patrimonial de los trabajadores afectados.²²³

Conviene resaltar, respecto del supuesto que nos ocupa en el presente estudio, que HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, haciéndose eco de lo establecido en la STSJ Castilla y León (Social) de 6 de febrero 2014 (ROJ: 224/2014),²²⁴ detalla muy acertadamente el *acqui* jurisprudencial acumulado en torno a esta cuestión (se cita las SSTs de 15 de diciembre de 1998 (R. 4424/97), 1 de marzo de 2002 (R. 694/01) y 12 de marzo de 2012 (R. 4/2011), y expone que: «a) la subrogación empresarial solo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes

Por último, en cuanto a la información que el cedente y el cesionario deben facilitar a los representantes de sus trabajadores, esta ha de ser general. La obligación de realizar consultas es de carácter limitado y existe cuando el cedente y el cesionario prevén la adopción de medidas en relación con sus trabajadores. La finalidad de las consultas será la de llegar a un acuerdo. La Directiva permite a los Estados miembros limitar estas dos obligaciones de consulta e información a las empresas o centros de actividad que cumplan, con respecto al número de trabajadores, las condiciones necesarias para la elección o designación de un órgano colegiado de representación de los trabajadores, tal y como ha hecho España con la obligación de consulta para determinados supuestos.

223. La STS de 12 de abril de 2011 (Rec. 132/2010) expone: «Para resolver esta cuestión conviene recordar la doctrina de esta Sala en materia de sucesión de empresas que puede resumirse diciendo: a) la subrogación empresarial solo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras [...]».

224. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H. M., «Subrogación laboral en los contratos del sector público», *Actualidad Administrativa*, núm. 5 (2014), pp. 1 y ss.

en el momento de la integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras; b) la obligación de subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad; c) el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores; d) la subrogación no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador». ²²⁵ En el mismo sentido puede verse la STS de 12 de abril de 2011 (Rec. 132/2010). ²²⁶

Y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que hayan de asumirse por el cesionario. En efecto, cabe señalar, con respecto a las responsabilidades, la sentencia TS n.º 502/2016, de 8 de junio de 2016 (Rec. 1103/2015), en la que el objeto de la pretensión era la asunción de responsabilidades de la sucesora en relación con la indemnización de daños y perjuicios derivada de enfermedad profesional. Al respecto, declara que la responsabilidad solidaria del adquirente sucesor con el empresario anterior «no solo ha de comprender los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que –por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad– se hallasen *in fieri* a la fecha de cambio empresarial», salvo que se trate de una sucesión vía convenio, en la que según sentencia de STS de 7 de abril de 2016 (Rec. 2269/14), «la nueva empresa adjudicataria [...] que tiene obligación de subrogarse en los trabajadores de la anterior empresa por mandato del artículo 14 del Convenio Colectivo, lo debe hacer con los requisitos y límites que el mismo establece, de manera especial, sin responder de las deudas contraídas por la empresa adju-

225. En el futuro los trabajadores habrán de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulen la relación laboral con el nuevo empleador. Tal interpretación no se opone, sino que se ajusta a lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 77/187, ratificada (el término fue sustituido por el de «traspuesta» por auto de aclaración del 16/7/2002, R. 1170/2001) por España, puesto que esta, en su artículo 3.3, limita la obligatoriedad del cesionario de mantener las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo aplicable a la cedente o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. (Así lo reconoció la sentencia del TJCE de 12-11-1992, núm. C-209/1991, asunto Watson Rask). Por todas, SSTs 11-10-202, R. 920/02, y 27-10-2005, R. 697/04.

226. Ahora bien, ha de tenerse presente que, en palabras del TJUE, en su sentencia de 6 de septiembre de 2011 (C-108/10, Scattolon): «(apartado 76): el ejercicio de la facultad de sustituir con efecto inmediato las condiciones de las que disfrutaban los trabajadores transferidos en virtud del convenio colectivo vigente en la empresa del cedente por las previstas en el convenio colectivo vigente en la del cesionario no puede tener por objeto ni como efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión.»

dicataria anterior con sus trabajadores antes de la asunción de la contrata por la nueva empresa».

Debe tenerse, asimismo, en cuenta la responsabilidad solidaria de la empresa cesionaria, conforme ya ha tenido ocasión de establecer las SSTs de 4 de octubre de 2003, Rec. 585/2003, y las de tres de 15 de julio de 2003, Recs. 3442/2001, 1878/2002 y 1973/2002, dictadas en Sala General, en las que se establece el principio de que la empresa cesionaria debe responder solidariamente de las obligaciones laborales pendientes con un trabajador de la empresa cedente cuyo contrato de trabajo se extingue antes de la sucesión y no ha sido, por lo tanto, cedido al nuevo empleador. Y, por ello, yendo más allá de la normativa comunitaria, en nuestro ordenamiento hay que entender que:

La expresión que utiliza el legislador no se restringe simplemente a las obligaciones pecuniarias que no hubieren sido satisfechas por la empresa cedente –deudas por salario o indemnizaciones–, sino que abarca todas «las obligaciones laborales nacidas con anterioridad», entre las que sin duda se encuentran las que puedan derivarse de un despido disciplinario anterior. Cuando la sentencia referencial razona que no puede «confundirse la obligación de asumir las deudas de la empresa saliente con la subrogación en las consecuencias del despido mismo, que no implica solo efectos económicos si se declara su improcedencia», está olvidando que el precepto impone dicha responsabilidad en todo tipo de obligaciones laborales y cualquiera que sea su naturaleza jurídica. Y entre tales obligaciones laborales están incluidas todas las derivadas de la eventual declaración de improcedencia o nulidad de un despido anterior a la sucesión y que no hubieren sido satisfechas (STS 30 de noviembre de 2016, ROJ: 5601/2016).

Como, con acierto, ha indicado MAURI, en realidad de dichas previsiones normativas se desprende una regla general, un límite temporal y una excepción. La regla general consiste en el mantenimiento de los derechos y obligaciones derivados de la norma convencional vigente en el momento de la transmisión,²²⁷ sin que sea válida la sustitución convencional y la modificación sustancial aplicadas por acuerdo entre la empresa cedente y la representación legal mayoritaria de los trabajadores debido a la concurrencia de fraude de ley por tener como finalidad la aplicación, a los trabajadores subrogados, de condiciones laborales menos favorables que las que venían disfrutando en la empresa cedente, al imponérseles el convenio colectivo de la entidad cesionaria (SAN de 21 diciembre 2016, Rec. 156/2014); el límite temporal vendría derivado de la eficacia temporal de la norma convencional o del resultado de un nuevo proceso negociador con los trabajadores afectados

227. Es conveniente, respecto a la obligación de la empresa cesionaria de respetar las condiciones establecidas en el convenio de la cedente en tanto no se sustituya por otro nuevo aplicable a la primera, señalar que un convenio en situación de ultractividad, denunciado pero no sustituido por otro, mantiene «vivas» sus cláusulas normativas, y por ello ha de mantenerse su aplicación a los trabajadores cedidos hasta que un nuevo convenio resulte aplicable. Ha de tenerse presente, respecto de este punto y la eficacia temporal de los convenios, la STS de 22 de marzo de 2002 (Rec. 1170/2001).

con el cesionario;²²⁸ y una excepción, derivada de un pacto en contrario, entre el cesionario y los representantes de los trabajadores.²²⁹

10.4. A modo de conclusión: la necesidad de adaptar nuestro marco de relaciones laborales en el sector público

Como sabemos, la dinámica de funcionamiento de nuestras administraciones públicas ha ido planteando numerosas interrogantes respecto del personal laboral al servicio de estas tras su generalizada introducción a partir de la década de los ochenta. Cuestiones múltiples han ido salpicando su devenir, a saber, y por citar algunas: la delimitación de qué funciones ha de desempeñar y cuáles les estarían vedadas (con contradicciones insuperables en sectores como el universitario), si podían o no desempeñar funciones de autoridad y ejercer puestos de trabajo con responsabilidades de dirección, si sus condiciones de trabajo debían o no ser las mismas del personal funcionario y si estas debían de venir regidas por la autonomía colectiva exclusivamente, las consecuencias de las decisiones empresariales adoptadas en fraude de ley respecto de la estabilidad en el empleo, la aplicación matizada de las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores,²³⁰

228. Por otro lado, la STSJ de Andalucía de 20 diciembre 2016 (Rec. 9/2016) considera válido el acuerdo expreso adoptado por la comisión negociadora válidamente constituida de prorrogar hasta determinada fecha la ultraactividad de los dos convenios colectivos aplicables al personal de Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza.

229. MAURI MAJÓS, J., «Consecuencias de la...», *op. cit.*, p. 120, donde se hace eco de la STJUE de 9 de marzo de 2008 (C-499/2004), la STS de 26 de diciembre de 2013 (ROJ: 6672/2013), STS de 6 de octubre de 2015 (ROJ: 4840/2015), etc.

230. La singularidad de las administraciones públicas como empleador es notoria. Así lo reconoce la propia jurisprudencia social. Véase, a título de ejemplo, la STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2012 que argumenta que: «Partiendo del artículo 103 de la Constitución Española, que prevé que la Administración pública ha de actuar conforme a la objetividad de los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación y teniendo en cuenta que, si bien la Administración pública en general y la Administración local en particular pueden disponer de empleados públicos ligados con un vínculo laboral según los criterios que marca el Estatuto Básico del Empleado Público, ello no significa que la Administración pública esté expuesta a los riesgos de las empresas y que su actuación en cuanto empleador en la relación laboral deba ser, por tanto, exactamente igual a la de cualquier otro empleador que no tenga la condición de ente público. Hay que tener en cuenta, siguiendo doctrina de diferentes tribunales laborales, que mientras que las empresas rigen su actuación por la lógica de la iniciativa propia y la libertad de empresa, las administraciones públicas se han de dedicar de modo exclusivo a servir con objetividad los intereses generales, lo cual se materializa mediante la prestación de los servicios públicos incardinados dentro de una esfera competencial de acuerdo con la ley; mientras que la empresa se desenvuelve conforme a las leyes de derecho privado y del mercado, en general, en concurrencia y en competencia con otras empresas, la Administración pública debe sujetarse al derecho público y no queda afectada por las leyes del mercado ni de la competencia; mientras que las empresas desarrollan su iniciativa mediante la inversión y el beneficio y por tanto se encuentran expuestas a los riesgos inherentes a ello incluso su propia existencia depende de su éxito, las administraciones públicas no sufren riesgos empresariales ni de ningún tipo precisamente por el carácter reglado de su proceder y por la circunstancia de que atiende su proceder de modo escrupuloso al presupuesto de que deben de exponer; y, finalmente mientras que en las empresas existen o puede establecerse una relación entre el coste social que supone cada trabajador a la empresa y el ingreso que para el empleador representa la aportación en forma de trabajo del mismo, y que tiene su reflejo en el resultado de explotación, lo que permite, por cierto, valorar la pertinencia de acordar medidas de regulación de empleo incluso de manera diferenciada por puesto de trabajo, en las AP no hay tal relación ni puede establecerse, por cuanto la actividad que la Administración desempeña no se vende en el mercado sino que se financia por medio de tributos. Todas estas diferencias hacen ver que, aun cuando tanto las empresas como las administraciones públicas pueden aparecer como sujetos empleadores en una relación laboral, las peculiaridades propias que presentan las administraciones públicas como empleador impiden que la dinámica del contrato de trabajo en que esta participa puede equipararse sin más a la propia de la empresa privada en general, pues hay matices importante que impiden a las administraciones públicas recurrir a mecanismos que la Ley reserva, aun cuando esto no se diga expresamente a las empresas en el sentido mercantil estrictamente del término, tal como estableció la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 12 de Barcelona».

la dificultad de aplicación en ciertos aspectos del derecho laboral respecto de la posición institucional de la Administración pública,²³¹ etc.

Puede decirse, contemplando lo sucedido retrospectivamente, que nada, prácticamente nada, ha respondido al inicial planteamiento con que se ideó la introducción en nuestro empleo público del personal laboral al servicio de nuestras administraciones, que en lo esencial, y como es conocido, no era otro que otorgar mayor flexibilidad al mismo. Quizás el problema de fondo es que la flexibilización del empleo público debió de haberse abordado precisamente mediante ese recurso, es decir, disponer de un estatuto funcionarial más acorde con los tiempos, y no introduciendo con carácter generalizado nuevas figuras de personal que, al fin y a la postre, no parecen haber sido un recurso tan efectivo como se pensaba y cuyas singularidades han terminado por complicar las ya de por sí complejas relaciones laborales en el sector público.²³²

10.4.1. La problemática y singularidad del personal laboral en las administraciones públicas

La proyección del derecho público sobre el personal laboral que presta sus servicios en el sector público no se ha limitado –aunque en un primer momento tampoco resultase meridianamente claro, a pesar del marco constitucional– a las fases de selección y adjudicación de los contratos,²³³ según la teoría clásica imperante

231. De algunos de ellos da cuenta 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*, núm. 28 (2012), p. 19.

232. Véase a este respecto –es decir, a propósito de las singularidades que presenta el personal laboral al servicio de las administraciones públicas–, el núm. 93 de la *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (2011), íntegramente dedicado al estudio de las mismas. A. MONTOYA MELGAR, en el editorial que precede al mismo, indica a este respecto que «el trabajo por cuenta ajena prestado para las administraciones presenta múltiples manifestaciones singulares, que se plasman, por ejemplo, en la existencia de límites en la planificación de los correspondientes recursos humanos; en los procedimientos de selección de los trabajadores al servicio de dichas administraciones; en el necesario respeto al principio de protección del interés general, del que se deriva un régimen de incompatibilidades para los empleados públicos inexistente en el ámbito privado; en las limitaciones que se establecen en orden a la fijación del régimen retributivo; en las peculiaridades que el principio de estabilidad en el empleo presenta en el marco del empleo público, así como, en general, en los rasgos singulares que la relación laboral presenta en materia de derechos y deberes de los trabajadores al servicio de las administraciones públicas y en cuanto a su régimen disciplinario».

233. En el momento de nacimiento del contrato sucede así y se distinguen unos actos separables –por ser propiamente administrativos– que son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero con consecuencias sobre la vida del contrato laboral efectuado. Véase, a este respecto, la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 31 de julio de 2012, que argumenta que: «C) La jurisprudencia (STS/III 31/10/00 [Rec. 3765/96], siguiendo la línea marcada por la STS/IV 10/03/99 [Rec. 138/98]), ha señalado que las administraciones públicas, en su esfera de actuación externa, se rigen por lo general por el derecho administrativo, pero tienen también reconocida la posibilidad de ajustar una parte de dicha actuación a las normas del derecho privado, bien sea este el civil o el laboral. En tales casos deben diferenciarse de una parte, el acto jurídico perfeccionado o formalizado según las reglas del derecho privado, y, de otra, la decisión administrativa por la que el ente público exterioriza su voluntad concurrente para perfeccionar dicho acto de derecho privado. Por ello, cuando se trata de la formalización de un contrato de trabajo por la Administración, deben también distinguirse esas dos facetas, la decisión administrativa por la que se selecciona a la persona con la que va convenir ese contrato de trabajo, y se manifiesta la voluntad de perfeccionarlo; y el vínculo contractual laboral posteriormente resultante, diferenciado de aquella previa decisión administrativa. Dicha dualidad se proyecta también en el ámbito procesal de modo que la competencia jurisdiccional para conocer de las controversias que en la materia puedan plantearse es también doble, correspondiendo al orden contencioso administrativo el conocimiento de las impugnaciones dirigidas contra el proceso administrativo de selección del trabajador y contra el acto de su designación y a la social los litigios que surjan en la dinámica del contrato de trabajo que nació a consecuencia de esa selección y designación. D) En aplicación de la anterior doctrina sobre los actos separables, a partir de la Sentencia de 10/03/99 (Rec. 2.138/98), la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, apartándose de la tesis que había mantenido en las

respecto de los contratos privados celebrados por la Administración,²³⁴ sino que se ha producido progresivamente una proyección ulterior del derecho público que ha alcanzado a los efectos y a la propia extinción del contrato. Y es que, tras la aprobación del RD 2223/84, de 19 de diciembre, y después de este, de las sucesivas normas dictadas que han ido contemplando disposiciones específicas para este tipo de personal, que culminaron en la novedosa concepción introducida por el EBEP, se solventó cualquier duda que pudiera plantearse sobre la aplicabilidad de criterios de publicidad, mérito y capacidad para la selección de este, al menos en lo que se refiere al grueso del sector público (como se sabe, la intensidad de aplicación de estos principios y, por encima de todo, las reglas que los hacen efectivos, es menor en el caso de fundaciones, empresas públicas, etc., de acuerdo con la disposición adicional primera EBEP), pero el proceso, como decimos, se extendió también a otros aspectos relativos al contenido de la relación (límites presupuestarios al incremento retributivo, incompatibilidades, derechos y deberes, etc.) y ha culminado afectando también a la negociación colectiva y a la extinción de los contratos de trabajo para adaptarla a la posición institucional de nuestras administraciones públicas que, como ya apuntábamos, planteaba cierta problemática en la aplicación de las instituciones surgidas en el ámbito laboral.²³⁵

precedentes de 20/03 y 5/10/94 (Recs. 1673 y 3790/93), ha establecido de manera uniforme y consolidada (entre las más recientes, SS 21/01/08, Rec. 454/07; 28/05/08, Rec. 136/07; 23/04/09, Rec. 4.335/07), los siguientes criterios respecto a los efectos jurídicos que produce la anulación del acto administrativo que sirvió de sustento a la formalización del contrato de trabajo, en la relación laboral amparada en el acto declarado nulo. 1) Dicha circunstancia justifica la extinción de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con el acto administrativo anulado, erigiéndose en una causa extintiva por motivos a los que el trabajador es ajeno y que derivan un defectuoso proceder inicial de su empleador, el cual deberá acudir para ello a alguno de los procedimientos legalmente previstos en el art. 49 ET. 2) El impedimento de la prestación de trabajo por acto de autoridad o *factum principis* (definido habitualmente como orden de la autoridad gubernativa) es equiparable a la fuerza mayor. 3) Dicha asimilación comporta que, para el cumplimiento de la resolución administrativa declarando la nulidad del acto previo a la contratación, la Administración, en su condición de empleadora pública, deba recurrir bien la vía del Art. 51 ET, cuando se superan los umbrales numéricos del párrafo 1 de dicho precepto legal, o bien a la del Art. 52 c), cuando no se alcancen dichos límites cuantitativos y temporales [...]» Y sigue diciendo más adelante que «el cual devino firme al no haber sido impugnado ante la jurisdicción competente por el interesado, tampoco legitimaría la automática extinción de la relación laboral, por cuanto, aunque en aplicación de la doctrina de los actos separables la nulidad del acto administrativo por el que se procedió al nombramiento del actor como personal laboral del Ayuntamiento, tiene indudables consecuencias jurídicas sobre ese vínculo laboral que trae causa del acto administrativo válidamente anulado, las mismas, no son, como mantiene la recurrente, la nulidad del contrato de trabajo, sino, tal y como ha venido entendiendo la consolidada jurisprudencia a que se hace referencia en el apartado D, la posibilidad de proceder a su extinción al amparo del Art. 52.c ET, al concurrir una situación equiparable a la fuerza mayor que justificaría la rescisión contractual, tal y como correctamente ha entendido la magistrada *a quo*».

234. Sobre la aplicación de la doctrina de los actos separables puede consultarse RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, pp. 92, 237 y ss., y que responde a lo que en Alemania ha recibido la denominación de la teoría del doble nivel (*Zweistufenlehre*), de forma tal que la decisión sobre si se celebra un contrato para satisfacer los intereses generales (*das Ob*) y su control corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que la decisión sobre qué régimen jurídico lo regirá, de derecho público o privado (*das Wie*), va a determinar su sujeción a una u otra jurisdicción. De esta forma, y según esta teoría, hasta la perfección del contrato, toda actuación de las administraciones públicas como tal debe estar sometida al derecho administrativo para garantizar la objetividad en su actuación (art. 103 de la Constitución), de forma que las fases de preparación y adjudicación de todos los contratos, sean administrativos o privados, de las administraciones públicas, se someten a la regulación administrativa y no al derecho privado. Esta es, en definitiva, la aplicación de lo que la doctrina ha denominado actos administrativos separables del fondo de los contratos privados, esto es, la aplicación de la legislación de contratos públicos en las fases de preparación y adjudicación del contrato, y su control jurisdiccional contencioso-administrativo, mientras que el resto del régimen jurídico de los contratos privados de las administraciones públicas será de derecho privado y controlado por la jurisdicción correspondiente.

235. Puede verse, respecto de esta problemática, esto es, la aplicación de las reformas emprendidas al personal laboral al servicio de la Administración, el estudio anterior a estas últimas reformas que analizaremos de GOERLICH PESET J. M. y 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) y, el más reciente de ROQUETA BUJ, R., «Las reestructuraciones de las plantillas laborales en la Administración Pública», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2011).

La realidad muestra que, querámoslo o no y mal que nos pese, se ha producido en estas tres últimas décadas, fundamentalmente vía convenio colectivo, pero no solo (a título de ejemplo puede verse la normativa sobre incompatibilidades o la de prevención de riesgos laborales, etc.), una progresiva rigidez en las condiciones de trabajo de este personal, prácticamente asimilado en todo al colectivo de personal funcionario, sin mecanismos de flexibilización efectivos. Las distintas normas dictadas en los últimos años, cierto es también, han introducido cambios decisivos en este escenario, flexibilizando, sin duda, su situación (baste referirnos a la cláusula de descuelgue de lo pactado prevista en el nuevo art. 32.2 del EBEP tras su modificación), pero también volviendo a plantear de nuevo una cuestión largamente debatida y me temo que nunca solucionada: ¿acudir a esa naturaleza de la relación jurídica, o al menos como se ha hecho, supone una solución para el correcto desempeño de nuestras administraciones públicas?

Ahora, y tras los procesos de redefinición del papel de lo público en marcha, y más específicamente la vuelta al sector público de los servicios públicos otrora externalizados, de nuevo se ha planteado una relevante problemática, no solo en el ámbito del ordenamiento jurídico interno, sino también, y basta comprobar la doctrina del TJUE, en la interpretación del alcance de las directivas europeas cuando se aplican a los entes englobados dentro del sector público.

10.4.2. La problemática presentada en la reinternalización de servicios públicos en el nivel municipal: una nueva prueba que avala una reforma en profundidad del personal laboral al servicio de las administraciones públicas

Entre las medidas de reestructuración del sector público, y de signo contrario a la externalización de servicios públicos, se encuentra la (re)municipalización de servicios públicos, pero esta, a diferencia de otros procesos que acontecen de reestructuración de dichos servicios, en lo atinente a su impacto sobre el personal, se encontraba carente de la más mínima regulación específica de carácter administrativo o de normas laborales de carácter especial, cuya exigencia se hacía evidente a tenor de lo expuesto en este trabajo y de la enorme confusión e inseguridad que se había generado con este vacío normativo.

En efecto, los procesos de reestructuración del sector público, ya fuere en el ámbito estatal o autonómico, han requerido, como oportunamente dimos cuenta, de soluciones *ad hoc* para dar respuesta a la problemática que estos presentaban en cuanto a la integración del personal procedente de entes o unidades no adscritas, en forma estricta, a la consideración de Administración pública. De esta forma, hemos visto cómo, o mediante el mecanismo de la sucesión en las obligaciones laborales, o mediante mecanismos *sui generis* como el personal indefinido no fijo «a extinguir», o el denominado trabajador «subrogado» se ha tratado de ofrecer

una respuesta a los requerimientos que desde el derecho público, y los principios que lo informan, planteaba dicha situación.

Esa cierta orfandad de nuestras entidades locales, desprovistas de la facultad de dictar normas con rango de ley, ha sido, sin embargo, propicia para que la problemática en cuanto a la aplicación de las normas relativas a la sucesión de empresas en el sector público se pusiera, en toda su crudeza, de relieve. Ya fuere la misma aplicabilidad al sector público local de estas, los límites que a este respecto planteaban las normas presupuestarias de limitación del incremento del gasto público, la propia subrogación en las relaciones laborales y si esta es viable a aquellos supuestos distintos a la subrogación *ex lege* derivada de la aplicación del artículo 44 ET (ya se trate de la convencional, contractual o la derivada de la denominada sucesión de plantillas), el estatuto jurídico del personal que es subrogado, etc., han sido algunas de las cuestiones que han generado una intensa discusión doctrinal y jurisprudencial. Y que, me temo, no acabará aquí.

Finalmente, como se ha ido explicando, la legislación presupuestaria de 2017, amparándose en la jurisprudencia recaída en el sector público andaluz, ha venido a dar carta de naturaleza a una nueva figura de personal, de nuevo de creación jurisprudencial: el denominado «trabajador subrogado». Una normativa que aparentemente viene a colmar ese vacío mediante un trabajador que se integra en la Administración pública, o en una entidad de derecho público o privado dependiente instrumentalmente de una Administración pública, pero que carece de la condición de empleado público, cuya situación y condiciones laborales, y digo bien, solo están parcialmente definidas y que, a buen seguro, generará una nueva problemática. Y es que no ha quedado aclarado si esa situación ha de pervivir en el tiempo o es meramente una situación transitoria a extinguir, si debe procederse a convocar pruebas selectivas de acceso al empleo público con independencia de la voluntad de los trabajadores o si es preceptiva su anuencia,²³⁶ si convocadas y no superadas por dichos trabajadores se extinguirían las relaciones de trabajo, qué papel juegan respecto de estos los límites al incremento de gasto público y los instrumentos de ordenación del personal, etc. Son cuestiones, todas ellas, como se imaginará, de enorme importancia que ahora, en este nuevo campo de juego que se abre tras la normativa presupuestaria, habrán de resolverse.

Esto, *grosso modo*, determina la existencia de distintos tipos de personal laboral al servicio del sector público, todos ellos con singularidades respecto del per-

236. Así se desprende de la STSJ Andalucía de 29 de octubre de 2012 (ROJ: 9369/2012), para quien resulta posible la conciliación de ambos principios, «de un lado el respeto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público de otro, de tal manera que partiendo de la subrogación expuesta se impongan pruebas de aptitud a los trabajadores que, vinculados con las entidades extinguidas, pretendan el acceso al empleo público, y acudiendo a las vías ofrecidas por la legislación laboral para la extinción en su caso de la relación laboral de aquellos empleados de tales entidades que no superen las pruebas de aptitud requeridas para el acceso al empleo público, pues extinguir sobrevenidamente por tales razones las relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación en las mismas de la Junta de Andalucía, pues la Administración desde luego no puede desentenderse sin más de tales trabajadores, pero ello tampoco puede suponer el mantenimiento de la relación laboral y su conversión en empleo público para aquellos que no superasen las pruebas de aptitud de que se trata».

sonal laboral que presta sus servicios en el sector privado, a saber: el personal directivo sujeto a la relación laboral especial de alta dirección; el personal laboral, fijo o temporal, sujeto al EBEP; el personal laboral de sociedades públicas y fundaciones —a las que el EBEP y el resto de normativa de derecho público solo les será de aplicación en la medida en que, de forma expresa, estas normas se refieran a ellos—; el personal laboral indefinido no fijo en los supuestos que proceda dicha calificación; y, por último y por ahora, en el caso de la subrogación en las relaciones laborales, estos trabajadores, carentes de la condición de empleados públicos y sujetos a su propio régimen jurídico pero que, no se olvide, prestan servicios en el sector público y perciben sus retribuciones del mismo.

La pregunta es obvia: ¿no ha desbordado una elemental racionalidad en el empleo público ese conjunto de relaciones laborales especiales y singulares? Más concretamente, ¿no sería preciso abordar más allá de una previsión presupuestaria necesariamente contingente de una vez, aquí sí, con una previsión indefinida, este conjunto de situaciones?

10.4.3. Una tercera reflexión: ¿La naturaleza de las relaciones laborales en el sector público requiere su definitiva calificación como especial y extraer todas las consecuencias que se derivan de la misma?

Las inercias mantenidas a lo largo de los últimos treinta años han provocado un sentimiento generalizado, y no sin cierta razón, de que nuestro sistema de organización y empleo público es manifiestamente mejorable. La doctrina más solvente y conocedora del empleo público español ha apuntado algunos excesos: de personal, de politización, de protagonismo sindical, de seguridad, de rigidez; y también algunos defectos: de planificación, de carrera profesional y de productividad.²³⁷ La crisis económica y las medidas adoptadas a lo largo de la misma no han hecho más que incrementar los problemas y la «ventana de oportunidad» que esta podría haber supuesto para acabar con las rémoras, conocidas y reiteradamente diagnosticadas en nuestro empleo público, no se ha aprovechado. Muy al contrario, se han exacerbado distintas disfunciones como consecuencia de la gestión realizada.

Pero, como también resulta notorio para cualquier conocedor de nuestro empleo público, la reforma estructural de este, y consiguientemente de las instituciones clave para mejorar su eficiencia, es algo que no se puede ni se debe demorar más si, junto a atender las aparentes urgencias que se han presentado en estos

237. De idéntica opinión es SANCHEZ MORÓN, M., «Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas», en *Crisis económica y función pública*, Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2012, para quien «en nuestro sistema de empleo público persisten serios desequilibrios, que se han profundizado con el tiempo» pero para quien también «los actuales ajustes, exigidos por razones presupuestarias, están corrigiendo algunos de los efectos económicamente más perjudiciales de tales desequilibrios, aun a costa de reducir la calidad de los servicios» y, añade el citado autor, «los ajustes no inciden en las causas originarias de los desequilibrios».

años, pretendemos abordar la siempre relegada tarea de establecer un marco de relaciones laborales en el sector público acorde con las necesidades del país que no puede basarse simplemente, y hoy lo vemos como una obviedad, en la esperanza del crecimiento indefinido. La sostenibilidad del crecimiento será una clave ineludible para nuestro sector público en los siguientes años, pero también debemos tener presente que esa tarea no puede ni debe afrontarse como se ha realizado, de forma exclusiva, con el ajuste lineal, cuantitativo –que no cualitativo– y uniforme de la estructura del sector público y de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Precisamente por ello, parece que es un buen momento para tener en cuenta nuevos elementos en relación con la prestación de los servicios en el sector público que, a buen seguro, deberían de ser puestos en valor en el desarrollo legislativo del EBEP, o aún mejor en una eventual modificación de este de mayor alcance que la acontecida hasta ahora, limitada a un texto refundido y a un ramillete de disposiciones específicas desperdigadas en diversos textos legales y reglamentarios. La opción simple y desafortunada, como está aconteciendo, de aplicar reiteradamente normas alejadas de las características singulares que el empleo público presenta no es la mejor solución, y los supuestos de integración y desvinculación, tanto de personal funcionario como laboral, merecen una respuesta más adecuada.

Y es que la inexistencia de previsiones normativas específicas sobre la singularidad del sector público en estos procesos es determinante para que la aplicación sin más de la normativa laboral ordinaria –ya hemos visto que también insuficiente y con las consecuencias ya apuntadas– produzca ciertos desajustes.²³⁸ A nuestro

238. La más acreditada doctrina laboralista también propugna la necesidad de un cambio normativo. En este sentido, MONEREO PÉREZ, 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) expone, a propósito de la sucesión de plantillas, que: «Dicha construcción es sin duda todavía incompleta, deficiente y, en gran medida aporética. Pero la gran virtualidad jurídico-práctica de la jurisprudencia del TJUE ha residido en el esfuerzo innovador (más allá de la deficitaria corrección técnica de algunas de sus construcciones) y el haber realizado que la transmisión de elementos de activo empresarial (infraestructura económica, bienes materiales e inmateriales, etc.) no constituye una condición *sine qua non* para la aplicación del fenómeno sucesorio en empresas típicamente desmaterializadas (es decir, las propias del sector de servicios en un contexto de terciarización de la economía). Y es aquí donde se localiza un giro definitivo, un punto de inflexión o de no retorno, respecto a la revisión de la concepción tradicional de la empresa “materializada” (que acaba por confundir la empresa con el complejo de bienes patrimoniales que puede implicar) y permite atender a la especificidad económica y jurídica de las “empresas desmaterializadas” en expansión por el creciente proceso de terciarización de la economía. En todo caso, queda mucho por hacer y parece necesaria la regulación legal específica de los cambios de titularidad en contratos y concesiones administrativas. Una regulación que garantice la seguridad jurídica y un equilibrio entre la rigidez en las garantías conferidas a los trabajadores (entre ellas reconociendo expresamente su derecho de oposición individual a la cesión de su contrato, haciendo uso *in fine* del art. 1205 de Código Civil) y la flexibilidad necesaria en cuanto a los efectos de la transmisión en la posición jurídica del nuevo empleador (contratista o adjudicatario del servicio o actividad productiva). Sería factible y útil al efecto, la intervención legislativa (en la línea que consagra el principio base *ex art.* 35 CE) en lo atinente a precisar y delimitar (no se traduzca por limitación, sino por promover efectivamente la autonomía colectiva) el papel de la negociación colectiva en esta materia, estableciendo desde luego un mayor protagonismo de la misma, pero sobre la base de un mínimo de garantías legales; e incluso, el sistema legal instituido (sea o no el propio art. 44 del ET) podría asumir una función supletoria respecto a la autonomía colectiva negocial, evitando con ello vacíos de regulación y perjuicios y tratos desiguales poco justificables en supuestos de similar fisonomía práctica. O bien, en otra opción legítima de política del derecho, se podría promulgar una normativa legal específica para los distintos tipos de cambio de titularidad operados en el marco de empresas “desmaterializadas”, comunitaria y nacional (podría regularse en apartado del propio art. 44 del ET, como supuestos singular), para los supuestos de cambio de titularidad en las contratadas y en las concesiones administrativas, compatible con la apertura de amplios espacios para la intervención de la autonomía colectiva negocial (asumiendo o no la legislación estatal específica una función supletoria respecto de los productos jurídicos emanados de la autonomía colectiva). Tras el largo proceso de experimentación en la hermenéutica de la normativa sucesoria laboral tiene que abrirse un proceso de autorreflexividad legislativa que permita dar una respuesta generalizada, coherente, homogeneizadora y racionalizadora a los dilemas regulativos que presentan los cambios de titularidad en las contratadas y en las concesiones administrativas (como se verá, esto se ha acrecentado en pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo)».

juicio, una reforma del EBEP en estos aspectos –dada la naturaleza especial de las relaciones laborales en el sector público– hubiera sido una buena opción para regularizar las distintas situaciones que se producen y no dejar a la labor creativa, aunque meritoria, de la jurisprudencia dicha función.

Como sabemos, el EBEP, norma de carácter básico, dedicó por primera vez con una visión global y de conjunto disposiciones específicas sobre el personal laboral al servicio de nuestras administraciones públicas. La idea de empleado público que subyacía en este fue determinante para el acercamiento del régimen jurídico de los dos grandes colectivos en que se estructura: el personal funcionario y el laboral. De esta forma, y por vez primera, este doble colectivo recibió un tratamiento común, en el que caben destacar de forma principal los derechos y los deberes de los empleados públicos, a salvo de la inamovilidad característica de los funcionarios públicos, y que quedaban prácticamente unificados, si salvamos algunos aspectos concretos. También numerosas normas referidas al acceso reciben igual tratamiento, así como lo relativo al régimen disciplinario y otros aspectos referidos a la negociación, la ordenación de la actividad profesional, la planificación de recursos humanos, etc.

En este sentido, el artículo 7 del EBEP, norma clave en el sistema de interpretación de las fuentes de este tipo de personal,²³⁹ establece inequívocamente que el personal laboral al servicio de las administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan, estableciendo, de esta forma, un régimen especial para los trabajadores laborales del sector público.²⁴⁰

Pero lo cierto, no obstante, y a pesar de los avances que pudo suponer esa concepción, es que esta, y a pesar del intento de ser respetuosa que la misma revelaba respecto del sistema de fuentes del personal laboral, ha terminado por revelarse con una cierta falta de ambición, puesta de manifiesto, sobre todo, cuando los tiempos de bonanza dejaron paso a una situación como la acontecida en los últimos años.²⁴¹

239. Bien es cierto que el resto del articulado, al abordar las distintas materias, plantea una gran confusión al respecto, lo que ya ha obligado a los tribunales a pronunciarse sobre este sistema de fuentes y, en concreto, respecto de las normas atinentes a los días de libre disposición en la STS de 7 de diciembre de 2010. Puede verse respecto de este punto 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).

240. Esta norma, sin duda, supuso una apuesta por homogeneizar las condiciones de trabajo entre los distintos tipos de personal intentando superar la problemática que planteaba la existencia de dos colectivos en ocasiones con condiciones de trabajo distintas en similares puestos de trabajo e introduciendo, junto a previsiones legales referidas al régimen de selección o disciplinario, a título de ejemplo, la posibilidad de negociación común en diversos y variados aspectos. Por todos, y respecto del régimen jurídico resultante, puede consultarse SALA FRANCO, T., «El personal laboral, la relación laboral especial de empleo público», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid: Lex Nova, 2007 y 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 el mismo sentido, puede verse la opinión 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, quien arguye que «si ciertamente el EBEP trae algo más de orden, esta aportación, dada la situación preexistente, nos parece insuficiente –fundamentalmente en términos de disonancias y ausencias o silencios– de los que se dice en la Exposición de Motivos y lo que resulta del articulado».

La situación actual plantea distintas cuestiones: ¿es una relación laboral de carácter especial, ya que presenta rasgos muy específicos que afectan a toda la vida de la relación jurídica? Si esto es así, que al menos lo parece, ¿estamos abordándola con la coherencia y la extensión que exige esa definición?, ¿deberíamos distinguir entre sector público y administraciones públicas, como realizó la reforma laboral?, ¿Una regulación de carácter especial tan intensa como la que está aconteciendo finalmente justifica el mantenimiento de este tipo de personal en el ámbito de las administraciones públicas?, ¿haría falta mayor coordinación de las medidas adoptadas en el ámbito laboral con la legislación de empleo público para que no se produzcan indeseables disfunciones entre los instrumentos establecidos para la organización y reestructuración del empleo público y las medidas que se adoptan?

Todas esas preguntas, que ya es hora de que nos pongamos a resolver, ponen de relieve una cuestión capital y conocida: que el derecho laboral presenta una dificultosa aplicación en el ámbito público si, además, se hace caso omiso de la legislación que articula el funcionamiento de nuestras administraciones públicas. En efecto, las decisiones empresariales son libérrimas, absolutamente discrecionales, con el límite de que no pueden ser arbitrarias, y no están sujetas sino a lo dispuesto en el derecho laboral, pero la situación es distinta en el caso de las administraciones públicas cuando actúan como empleadores, ya que estas requieren para la adopción de sus decisiones en este campo, junto a títulos de intervención, justificar adecuadamente de forma previa la racionalidad (con el añadido, en la actualidad, del requisito de sostenibilidad financiera), la objetividad y el servicio al interés general de las distintas decisiones que adoptan, también, en el ámbito de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico 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». En: FONT i LLOVET, T. y 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 y 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).

BOLTAINA 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». En: CASTILLO BLANCO, F. A. (coord.). *La reforma del sector público*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014.

CALVO GALLEGRO, F. J. «Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público». *Temas Laborales*, núm. 114 (2012), pp. 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?». En: CASTILLO BLANCO, F. A. y PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (eds.). *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 (mayo-diciembre 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. y GRAU I ARNAU, S. «Remunicipalización de servicios locales y competencia». *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43 (2017).

CUERVO, A. y FERNÁNDEZ, Z. «Una nueva estrategia para el sector público. La privatización». *Economistas*, núm. 19 (1986), pp. 17-22.

DÍAZ LEMA, J. M. *Los monopolios locales*. Madrid: Montecorvo, 1994.

DÍEZ QUESADA, A. y 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». En: 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*. Valencia: 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*, tomo I (2004).

- GARCÍA-PERROTE, I. *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- GARCÍA RUBIO, F. «Pros y contras jurídico-administrativos de la reinternalización». En: FONT I LLOVET, T. y DíEZ SANCHEZ, J. J. (coords.). *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. y 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. y 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». En: MARTÍN, S. y BAQUER, R. (coords.). *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 (nueva época) (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?». En: 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 contratas (STS 12 de julio de 2010, Rec. 2300/2009 y STJUE 20 de enero de 2011, asunto C-463/09)». *Relaciones Laborales*, núm. 19 (sección «Comentarios de jurisprudencia», quincena 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. y 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 (junio 2012).
- «La remunicipalización de servicios». *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9/2017 (15 mayo 2017).
- y ORTEGA JIMÉNEZ, P. «Sucesión de empresas y cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública». *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario (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 (inédito).
- METCALFE, L. y 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, tomo 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». En: CASTILLO BLANCO, F. A. y MONEREO PÉREZ, J. L. (coords.). *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». En: *Congreso Europeo sobre Descentralización y Adminis-*

tración 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». En: RIVERO YSERN, J. L. (dir.). *Derecho Local de Andalucía*. Madrid: Editorial Iustel, 2012.

— «Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y 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». En: 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. y 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 (junio 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». En: 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: Edit. 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 (mayo 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. y 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. y 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*. 6.ª 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, pp. 3-70.

— «Las relaciones de trabajo ante la novación del concesionario de obra pública». *La Ley*, núm. 4, 2007, pp. 1.792-1.815.

— «Los despidos objetivos en las Administraciones Públicas, rescate de contratos y concesiones y supresión de entidades o estructuras administrativas». En: CASTILLO BLANCO, F. A. (dir.). *La reforma del Sector Público*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014.

— «La remunicipalización de los servicios públicos: aspectos laborales». Ponencia. Seminari sobre Relacions Col·lectives. Federació de Municipis de Catalunya, diciembre 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». En: SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.). *Comentarios a la Ley de Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid: Lex Nova, 2007.
- «El acceso al empleo público laboral». En: ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. M. (coords.). *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*. Navarra: Aranzadi, 2015.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*. Madrid: Edit. Tecnos, 1994.
- «Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas». En: FUENTETAJA, J. A. y CANTERO, J. (dirs.). *Crisis económica y función pública*. Madrid: Thomson Reuters/Aranzadi, 2012.
- «El impacto de la reforma de la Administración Local en el empleo público». En: *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». En: CRUZ VILLALÓN, J. (coord.). *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*. Valencia: 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. y 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, 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». En: 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». En: CASTILLO BLANCO, F. A. y MONEREO PÉREZ, J. L. (coords.). *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 (febrero 2013).

El autor

Federico A. Castillo Blanco es doctor en Derecho por la Universidad de Granada. En la actualidad, es catedrático de Derecho Administrativo en esa universidad y dirige varios proyectos de investigación. Ha desempeñado distintos puestos en las Administraciones públicas, universidades y organizaciones internacionales y tiene una amplia trayectoria en el mundo profesional a través de la transferencia de investigación de dicha universidad.

Ha publicado varias monografías y numerosos artículos en revistas especializadas en el campo del Derecho Administrativo. Sus áreas de especialización son el empleo público, el gobierno local y los principios generales del Derecho, en especial, la seguridad jurídica.



cemical

consorci d'estudis,
mediació i conciliació
a l'administració local

cemical.diba.cat

El CEMICAL, constituido por la Diputación de Barcelona, la Federación de Municipios de Cataluña, la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, la Federación de Servicios Públicos de la UGT de Cataluña y la Federación de Servicios Públicos de CC.OO., tiene dos objetivos: promocionar el progreso de las relaciones entre los representantes de las entidades locales y el personal a su servicio, y favorecer la resolución de los conflictos laborales. Con la colección Estudios de Relaciones Laborales, el consorcio se propone facilitar el diálogo social, mediante la reflexión y el debate, y abordar cuestiones objeto de discusión en las mesas de negociación.

La reinternalización, a diferencia de otros procesos de reestructuración de servicios públicos, carecía, respecto del personal, de una regulación específica administrativa o de normas laborales de carácter especial, cuya exigencia se hacía evidente a tenor de lo expuesto en este trabajo y de la enorme confusión e inseguridad generadas con este vacío normativo. Este libro pretende analizar dicho proceso en el ámbito local de gobierno, y lo hace abordando las perspectivas doctrinal, legal y jurisprudencial y las recientes reformas legales derivadas de la legislación presupuestaria y de contratos del sector público.

- 1** La carrera administrativa: nuevas perspectivas
- 2** La conciliación de la vida laboral y familiar del personal al servicio de las entidades locales
- 3** El acoso moral: incidencia en el sector público
- 4** El personal directivo en la Administración local
- 5** El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto básico del empleado público
- 6** Los órganos de representación del personal funcionario: delegados y juntas de personal. Una visión crítica
- 7** El despido colectivo en las administraciones y entes públicos. Marco general, causas y procedimiento
- 8** Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública
- 9** La reducción de la jornada y la excedencia por cuidado de hijos o familiares en las administraciones públicas
- 10** La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas
- 11** La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales