

Dificultades interpretativas desde la perspectiva de Recursos Humanos de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. La subrogación de personal.

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona.

23 de abril de 2018.

Texto de la ponencia presentada el 24 de abril en el Seminario de actualización de la función pública local, organizado por la Federación de Municipios de Cataluña.

I. Introducción.

1. La Federación de Municipios de Cataluña (FMC) ha tenido la amabilidad, que le agradezco, de invitarme a una [nueva sesión del Seminario de actualización de la función pública local](#), para que realice un análisis de algunos preceptos legales que plantean dificultades interpretativas para las Administraciones Locales que deseen llevar a cabo la remunicipalización de servicios públicos, como son la disposición adicional vigésimo sexta de la [Ley 3/2017 de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017](#) (sin olvidar la disposición transitoria tercera) y los arts. 130.3 y 308.2 de la [Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del sector público](#), que entró en vigor el 9 de marzo de este año, una vez transcurridos cuatro meses desde su publicación en el BOE y de acuerdo a lo dispuesto en la disposición final decimosexta de dicha norma.

Conviene además reseñar que la citada disposición adicional, así como la trigésimo cuarta, han sido objeto de recurso de inconstitucional interpuesto por más de cincuenta diputados y diputadas del grupo confederal de Unidos Podemos – En Comú Podem – En Marea, en concreto el apartado 1 a) y b) de la primera, y el apartado 2 de la segunda en el inciso “ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva”, habiendo sido admitido a trámite por el Tribunal Constitucional por providencia de 31 de octubre de 2017

Más exactamente, el ámbito de mi intervención se centra, con arreglo a la petición formulada por la FMC, en el impacto de la remunicipalización sobre los derechos de los trabajadores afectados; o lo que es lo mismo, si cabe, y en qué condiciones, la subrogación del personal. De esta forma, y [tal como se explica en la presentación del presente Seminario](#), se trata de analizar “las dificultades interpretativas y de aplicación que supone la recién entrada en vigor Ley de contratos del sector público de 2017 en el ámbito de la subrogación del personal cuando la Administración decide prestar directamente un servicio que venía siendo prestado por un operador económico o bien cuando finalizan contratos de servicios suscritos por la Administración y cuáles son sus efectos sobre los trabajadores que prestaban estos servicios, en relación a la vez con las previsiones recogidas en la disposición adicional vigésimo sexta de la Ley de presupuestos generales del Estado para el 2017, que recoge importantes limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público”.

Se trata, pues, de una ponencia que aborda cómo y de qué forma se aplica el art. 44 del Real Decreto 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), y que encontrará un excelente complemento, desde la perspectiva de práctica jurídica, en la ponencia presentada por el abogado Sr. Santiago Sáenz sobre la consolidación del empleo público en la LPGE y en el reciente [acuerdo II Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo](#), suscrito el 9 de marzo, es decir (¿sólo una mera casualidad?) el mismo día de la entrada en vigor de la LCSP.

De dicho acuerdo, y en relación con la temática objeto del Seminario, me parece de especial importancia, la previsión de oferta de empleo público para este año, con tasas de reposición que deberían permitir mejorar la situación de las plantillas de personal, con especial afectación a las Administraciones Locales, y la regulación de los procesos de estabilización de empleo público, en plazas dotadas presupuestariamente y ocupadas de forma temporal e ininterrumpida en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2017, “de modo que la tasa de cobertura temporal de estas plazas se sitúe al final del período (2020) por debajo del 8 por ciento”. Dicho acuerdo, en el bloque relativo a la regulación de la jornada de trabajo, ya ha sido incorporado al [Proyecto de Ley de PGE para 2018](#), cuyo debate de totalidad tendrá lugar justamente esta misma semana, los días 25 y 26, pudiendo pensarse que serán desestimadas las enmiendas a la totalidad si el grupo nacionalista vasco se abstiene, algo que parece factible si se repara en que no ha presentado enmienda a la totalidad del texto. Pero, no adelantemos acontecimientos y sigamos con nuestra exposición.

Sin duda alguna, también las personas asistentes al Seminario obtendrán una visión más global de los problemas que afectan al empleo en el ámbito público con la ponencia presentada por el profesor Ignasi Beltrán de Heredia, [cuyo blog es siempre de obligada consulta](#) para estar al día en esta materia, sobre los últimos pronunciamientos de los tribunales españoles y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de extinción de contratos laborales y de funcionarios interinos.

Sobre esta temática también es de particular interés la ponencia presentada en las jornadas organizadas por CCOO y Juezas y Jueces para la Democracia el mes de noviembre del pasado año por el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia Carlos Alfonso Mellado, en la que abordó [“Los abusos de la temporalidad en el empleo público: la viabilidad de las vías de consolidación del personal indefinido no fijo”](#), destacando que las limitaciones presupuestaria al capítulo I han desviado durante mucho tiempo la contratación hacia falsos contratos de servicios, “que en no pocos casos encubrían o contratas laborales o cesiones ilícitas de personal”, así como también que la externalización de servicios públicos ha respondido en algunas ocasiones realmente a situaciones de contrata “pero en otras encubría supuestos de cesión ilícita de trabajadores”. Para el citado profesor cabe una actuación en tres direcciones: “oferta de empleo público intentando cubrir las necesidades permanentes con plazas permanentes; penalización disuasoria (en forma de indemnización o cualquier otra) de las irregularidades de la contratación temporal que la haga poco atractiva; sistemas de acceso flexible hasta donde constitucional y legalmente sea posible para las personas afectadas”.

Justamente, el profesor Beltrán de Heredia presentó hace poco menos de un año una ponencia sobre la temática sobre la que gira mi exposición, que llevaba por título

[“Las consecuencias laborales de la remunicipalización de servicios municipales”](#) (22 de junio, III jornada anual sobre las relaciones laborales desde la práctica de la Administración), cuya texto se encuentra disponible en su blog, y cuya lectura recomiendo, y en la que abordó dos cuestiones que siguen siendo en la actualidad de capital importancia, cuales son, por una parte la aplicación de la normativa laboral española y comunitaria (art. 44 de la LET y [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 o de centros de actividad) a las remunicipalizaciones, y por otra el estatus jurídico de los trabajadores que se incorporan a la Administración.

También fue objeto de atención por mi parte, hace ya casi diez meses la temática que se aborda en la presente sesión. En concreto, me refiero a la ponencia presentada el 13 de julio de 2017 en el marco de la X edición del Aula Iuslaboralista de la Universidad Autónoma de Barcelona, con el título [“Remunicipalización de servicios públicos y derechos de los trabajadores. Ley PGE 2017. Límites a la subrogación empresarial”](#). La documentación puede consultarse en el blog del Aula, y lógicamente algunos de sus contenidos serán tomados en consideración por mi parte en la presente exposición.

2. Con relación a la normativa aplicable, además de los textos citados, deberemos tener presentes, siquiera sea de forma colateral a los efectos de nuestro estudio, la [Ley 7/1985 de abril reguladora de las bases de régimen local \(LBRL\)](#), la [Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local \(LRSAL\)](#), el [Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de Régimen Local \(TRRL\)](#), y la [Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera \(LOEPSF\)](#).

Igualmente, y a la espera de conocer que ocurrirá en su tramitación parlamentaria, el Proyecto de Ley de PGE 2018, en la misma línea que la LPGE 2017 regula (disposición adicional cuadragésima) la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral, disponiendo que todos los contratos laborales deberán formalizarse respetando escrupulosamente la normativa constitucional sobre igualdad de acceso al empleo público y la normativa laboral sobre igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, siendo responsables los órganos competentes en materia de personal de las irregularidades que puedan cometerse, no pudiendo en ningún caso, además, “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 derive de una resolución judicial”, teniendo la norma vigencia indefinida y surtiendo efectos a partir de la entrada en vigor de la Ley.

II. Las aportaciones de la doctrina laboralista y administrativista.

Es importante destacar que tanto por lo que respecta a las disposiciones adicionales controvertidas de la LPGE 2017 como por lo que afecta a las de la nueva LCSP, sin olvidar análisis doctrinales y prácticos anteriores que son de perfecta aplicación al nuevo marco normativo, hay una buena batería de libros y artículos que permitirán a las

personas interesadas conseguir un excelente conocimiento y comprensión de las cuestiones suscitadas y de las distintas posibilidades existentes de cómo abordarlas.

Sin ningún ánimo, en absoluto, de exhaustividad, hago referencia a algunos textos a los que he prestado especial atención para preparar mi intervención, sin olvidar que buena parte de ella es continuación del estudio que he venido realizando en mi blog desde la presentación del Proyecto de Ley de PGE2017 y también del de la LCSP, hasta llegar a los textos definitivamente aprobados, y que también se sustenta en el estudio que realizo regularmente de la jurisprudencia del TJUE y, concretamente por lo que ahora nos interesa, de las resoluciones judiciales relativas a las transmisiones de empresas y los derechos de los trabajadores afectados.

1. El Catedrático emérito de DTSS de la Universidad de Valencia [Tomás Sala Franco](#) reflexiona sobre la temática ahora abordada en su artículo “Acerca de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión en la gestión de los servicios públicos por las Administraciones Públicas” (Derecho de las Relaciones Laborales núm. 2/2028), manifestando, y haciendo propuestas posteriormente para dar respuestas a las preguntas o cuestiones previamente planteadas, que las reversiones administrativas plantean problemas laborales que son básicamente de dos clases: “si las reversiones constituyen en sí mismas transmisiones de empresas en el sentido de la Directiva 2001/23/CE”, y en caso de serlo “el de cómo compatibilizar la protección de la estabilidad de los trabajadores adscritos a un contrato establecida en las anteriores normas comunitaria e internas con el principio de acceso a la función pública establecido en las normas internas, constitucionales (arts. 23.2 y 103.3 de la CE) y ordinarias (arts. 55 y ss del EBEP)”, concluyendo con la necesidad a efectos de seguridad jurídica, de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unifique doctrina, al amparo del art. 219 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), y que también sería deseable la intervención del TJUE “interpretando la aplicación de la Directiva, siendo claramente deseable y oportuna esta última”.

2. La catedrática de DTSS de la Universidad de Cantabria Lourdes López Cumbre aporta su conocimiento en la materia en el artículo [“Limitaciones a la incorporación depersonal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”](#)(Revista Galeiga de Derecho Social, núm. 3/2017). Tal como se expone en el resumen del artículo, si bien la Ley PGE 2017 incluye una limitación que afecta a los trabajadores de contratos o concesiones que finalizan su vigencia o son rescindidas por la Administración, también admite “la aplicación de las garantías laborales derivadas de la sucesión de empresas”, planteando la profesora López Cumbre “las claves para interpretar una norma aparentemente contradictoria, incluso con la posibilidad de que se cree una nueva figura, la del trabajador no empleado público”.

Se trataría de una nueva categoría, “la del trabajador subrogado, que permanece en el ámbito público con un estatuto propio -el que laboralmente le garantiza el art. 44 LET- sin que le sean de aplicación los principios, reglas, procedimientos y normas del empleo público. Lógicamente, como en toda transmisión empresarial, las condiciones de trabajo tenderán a converger con la plantilla de la empresa entrante -aunque sea pública- y, como en aquella, los contratos laborales objeto de subrogación podrán ser extinguidos -previsiblemente a través de despidos objetivos o, en su caso, colectivos, también de aplicación en el sector público, pero se hará en los términos generales que explicita la norma laboral...

3. El Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada José Antonio Fernández Avilés, publicó en febrero del pasado año un artículo de indudable interés, titulado [“Remunicipalización de servicios públicos y suproblemática jurídico laboral”](#). Cabe destacar que para el profesor Fernández el personal laboral asumido por la Administración Pública, “tanto por operatividad de las normas estatutarias sobre la transmisión de empresa como, más excepcionalmente, por la aplicación de una cláusula convencional aplicable, tendrían la consideración de indefinidos no fijos (si fueran trabajadores fijos de la empleadora anterior), con el correlativo retroceso, en términos de estabilidad en el empleo, en relación al status jurídico que los trabajadores con contrato indefinido tuvieron en la empresa concesionaria. Ello amplía la extensión aplicativa de una modalidad contractual laboral –propia de las Administraciones Públicas- que se ha mostrado harto problemática en la práctica”.

4. Los [aspectos laborales de la remunicipalización de los servicios públicos](#), con arreglo a la normativa anteriormente vigente, fueron abordado en un amplio y riguroso artículo de la Catedrática de DTSS de la Universidad de León Susana Rodríguez Escanciano, justamente en una jornada de formación organizada el 16 de diciembre de 2015, disponiendo por ello todas las personas interesadas del texto de la ponencia en el apartado de formación de la página web de la FMC.

Para la autora, las líneas de actuación puestas en marcha por la LRSAL “van destinadas a poner freno a las denominadas “formas indirectas de acceso al empleo público”, auspiciadas a través de vínculos laborales celebrados por empresas contratistas o concesionarias de servicios o por entidades instrumentales encargadas de la dispensa de actividades de interés general, realidades ambas que presentan, por lo que a este estudio importa, una nota común, pues la relación laboral, más allá de su tradicional carácter bilateral, adquiere una dimensión triangular, de modo que aun cuando el trabajador no desempeñe un puesto de trabajo propio de la organización administrativa matriz, sus retribuciones proceden, indirecta o directamente, de los presupuestos públicos”.

5. Más recientemente hay que hacer referencia a las obras [“Remunicipalización deservicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos”](#), dirigida por el profesor de la Universidad de Valencia Adrián Todolí Signes y coordinada por el abogado David Martínez Saldaña, y [“La sucesión de empresa”](#), dirigido igualmente por David Martínez Saldaña, editado por Lex Nova.

En la jornada organizada por la Fundación para la investigación sobre el derecho y la empresa (FIDE) el 6 de noviembre para su presentación, y de la que puede encontrarse una buena síntesis en el [diario jurídico Confilegal](#), fueron objeto de análisis cuestiones de indudable interés para la ponencia objeto de esta sesión, como “La situación de los empleados de las contratistas cuando tiene lugar la remunicipalización y su encaje como trabajadores indefinidos no fijos; la situación normativa y jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo (a la vista de las disposiciones adicionales 26 y 35 de la Ley de Presupuestos Generales de 2017); la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y particularmente su sentencia de 19 de octubre de 2017 —asunto Securitas—) y la incidencia de la doctrina que contiene, que deja ya pistas sobre el criterio del TJUE acerca de las cláusulas de los convenios colectivos que limitan los efectos de la sucesión de empresa”.

6. Desde la perspectiva administrativista, pero sin olvidar en modo alguno la temática laboral, es obligado también acudir a la reciente monografía del Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada Federico A. Castillo Blanco, titulada “[La reinternalización de servicios público: aspectos administrativos y laborales](#)” (Cemical, Estudios de Relaciones Laborales, 2018).

De dicha obra cabe a mi parecer hacer expresa mención al capítulo 10, dedicado a las consecuencias para los trabajadores de los mecanismos de integración del sector público en el que subraya la complejidad de determinar, en los supuestos en que la Administración o alguna de sus personificaciones instrumentales sigue prestando el servicio, “en qué condiciones ingresa ese personal (de la empresa cedente) a la Administración”, procediendo al estudio de las diversas posibilidades u opciones de su estatuto jurídico, tales como la condición de personal indefinido no fijo, personal ocupando puestos de trabajo “a extinguir”, o “trabajador subrogado”, figura esta última que considera “avalada” por la redacción de la controvertida DA 26ª de la LPGE 2017, precepto del que afirma que pretende que, fruto de los proceso de reinternalización de actividades, los trabajadores subrogados “no se integren en el empleo público estrictamente considerado”. Aun cuando el profesor Castillo reconoce el esfuerzo llevado a cabo por los defensores del estatuto jurídico de “personal subrogado, no deja de reconocer, con una cuidada explicación, que ello coloca al trabajador “en una especie de burbuja o limbo (lo que) no dejará de traer cierta problemática en las relaciones laborales y en las propias condiciones laborales de este”.

7. Seguimos con la doctrina administrativista, siendo ahora obligado acudir al número monográfico de la Revista “[Cuadernos de Derecho Local](#)” (núm. 43, febrero de 2017), dedicado a “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, en el que encontramos el artículo del [profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona Joan Mauri](#), que trata sobre “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”.

El autor llama con carácter general a un cuidadoso estudio de las circunstancias en que pueda producirse una remunicipalización, a fin de evitar “la precipitación y el unilateralismo” en cualquier política de recuperación de la gestión directa de un servicio público. Tras un amplio estudio de todas las posibilidades existentes, concluye que las dificultades con las que puede encontrarse una Administración para la subrogación de los trabajadores afectados no puede llevar a desconocer el marco normativo regulador de la subrogación; es decir, la Administración sucesora “no puede desentenderse sin más de estos trabajadores o novar sus contratos, pero tampoco puede mantener esta relación laboral indefinidamente sin ajustarse a las reglas del empleo público o, lo que sería peor, permitir su conversión en un extraño tipo de empleo público sin tener en cuenta los principios que guían el proceso de acceso, promoción y carrera en las organizaciones del sector público”.

8. Desde el conocimiento directo de la problemática administrativa y laboral de las Corporaciones Locales, podemos referirnos al artículo de Eduardo G. Pozo, Secretario del Ayuntamiento de Castellón de la Plana, titulado “[Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de contratos de sector público](#)”, en el que dedica dos apartados de la segunda parte del texto a la subrogación del personal y a las

condiciones de trabajo, respectivamente, del personal adscrito a la ejecución del contrato.

A su parecer el art. 130, que regula la “Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo” amplía considerablemente las regulaciones respecto a lo dispuesto en el art. 120 de la norma anteriormente vigente y ahora derogada el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la LCSP, siendo considerada la norma como importante por su “incidencia y conflictividad”, destacando, ya lo adelanto por su importancia, que la principal novedad es que “se sustituye la referencia a que la obligación se imponga por contrato por la referencia a una norma legal o convenio colectivo”.

9. Desde el mismo conocimiento de la realidad, se ha destacado por el [Servicio de Asesoramiento Local de la Diputación de Valladolid](#) que la subrogación solo podrá imponerse cuando este prevista en una norma (como la LET) o se prevea en convenio colectivo sectorial o territorial, o bien, como especificidad, cuando “la obligación o la opción de imponerla estuviera prevista en una norma legal o reglamentaria que regulara específicamente la actividad objeto del contrato”, y que, cuando se produzca la subrogación de personal, estaremos ante un supuesto de incorporación de personal como indefinido no fijo, según la doctrina jurisprudencial que finalmente fue incorporada al EBEP, sin que, en cualquier caso, dicho personal deba permanecer indefinidamente en esa situación, ya que la Administración Pública “tiene el deber de garantizar el acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, o proceder a amortizar las plazas”.

10. La nueva LCSP ha merecido especial atención por parte de las organizaciones sindicales. Sirva, a título de ejemplo, el [estudio realizado por la UGT sobre los aspectos de la misma que deberán tenerse en cuenta en su acción sindical](#).

En la valoración general de la norma, destaca como un aspecto positivo las mayores garantías ofrecidas, con respecto a la legislación anterior, en materia de subrogación empresarial y sucesión de plantillas, concretamente en relación con la información a ofrecer a los contratistas, mientras entre los aspectos negativos sitúa, además de la existencia de “mayores obstáculos para la reversión de servicios públicos y la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos, las “escasas garantías” que a su parecer ofrecía, lo destaco, “el Proyecto (de Ley) cuando la Administración Pública decide rescatar el servicio de la concesión”. No sé si el sindicato mantendrá el mismo criterio con el texto definitivamente aprobado, en particular el apartado 3 del art. 130, en el que se dispone 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”.

También considera negativo el cambio operado respecto a la normativa anterior (que no hay que olvidar que suscitó controversias y pareceres diferentes entre los órganos jurisdiccionales sociales y contencioso-administrativo) que no se haya contemplado “la subrogación de plantillas derivadas directamente de los pliegos”. Volviendo al análisis de la normativa sobre subrogación del personal afectado, y ahora sí haciendo expresa mención al nuevo art. 130.3, el sindicato concluye que la subrogación será obligatoria si

lo prevé un convenio o acuerdo general, siempre y cuando la AA PP haya sido parte y suscrito, y por consiguiente queda jurídicamente vinculada, y también cuando lo prevea una norma legal (como por ejemplo cuando se den los requisitos requeridos por el art. 44 de la LET y la Directiva 2001/23/CE), si bien el sindicato ugetista manifiesta su preocupación por temer que la Administración “será muy beligerante (contraria) a la hora de reconocer dicha posibilidad”.

III. Normativa objeto de debate e interpretación.

Antes de abordar, con ordenación de textos ya publicado con anterioridad y que siguen siendo plenamente válidos para examinar la problemática objeto de atención en mi ponencia, hay que señalar que los artículos sobre cuya interpretación se debate son los siguientes:

1. En primer lugar, la DA 26^a de la LPGE2017, apartados uno y dos. “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”).

2. En segundo término, la DA 34^a, en especial el apartado 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. Así mismo, 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”.

3. En tercer lugar, la Disposición transitoria tercera: “Lo establecido en la Disposición adicional vigésima sexta. Uno. B) de esta Ley no será de aplicación al personal laboral fijo de las entidades del sector público que se integre en su administración pública de adscripción, como consecuencia de la aplicación de procesos de integración en su régimen laboral previstos en una norma con rango de Ley con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma y siempre que dicho personal haya sido seleccionado con la garantía de los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad y tenga la titulación académica requerida para el acceso a la categoría en la que se produzca la integración”.

4. Refiriéndonos a continuación a la LCSP, el art. 130 apartados 1 y 3 debe merecer especial atención: “1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.... 3. 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”.

5. Igualmente, la atención debe concentrarse, siquiera sea de forma menos relevante que en el caso anterior, en el artículo 308, apartado 2, regulador del contenido y límites del contrato de servicios, que trata de evitar, tal como también lo hacía la normativa anterior, la entrada “por la puerta trasera” como personal laboral en la Administración. En efecto, el texto dispone 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”.

6. Por último, sería incompleta la referencia a la normativa vigente si no hiciéramos mención a la muy recientemente aprobada [Ley foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos del sector público de Navarra](#), publicada en el Diario Oficial autonómico del día 17 y que entrará en vigor a los veinte días de su publicación.

Por lo que respecta la temática objeto de mi ponencia, merece especial atención el art. 67, regulador de la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, disponiendo el apartado 1 que las condiciones de subrogación “serán las establecidas en el convenio colectivo sectorial de la actividad objeto del contrato en el caso de que este exista y regule la subrogación”, y en el supuesto de que no exista, o aunque exista no regule la subrogación, “procederá la de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengán realizando la actividad objeto del contrato”

mientras que el apartado 4, con una contundencia jurídica bastante superior a la del art. 130 de la Ley estatal, dispone que “En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta ahora venía siendo prestado por un operador económico, estará obligada a la subrogación del personal que lo prestaba, que se mantendrá en el puesto de trabajo hasta que las plazas sean objeto de cobertura mediante la normativa de función pública que resulte de aplicación”.

IV. La afectación del principio constitucional de autonomía local.

1. En la disposición adicional vigésima del proyecto de ley de PGE 2017.

[El 14 de mayo de 2017 publiqué en mi blog una amplia entrada referida a esta cuestión.](#) Recupero ahora aquellos contenidos que me parecen más relevantes y que siguen teniendo plena actualidad en el momento presente, una vez aprobada la LPGE 2017.

A) En el ámbito jurídico doctrinal, las cuestiones abordadas en la disposición adicional vigesimoséptima encuentran una detallada atención en todos los artículos publicados en el número 135/2016 de la revista “Temas laborales: Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social”, dedicada monográficamente a “Las especialidades laborales de la participación de la iniciativa privada en la actuación pública”, con artículos de los profesores Jesús Cruz, José Manuel Gómez, Cristóbal Molina, Miguel Rodríguez – Piñero, José Luis Monereo, Federico Navarro y Pedro Gómez, y las profesoras Sofia Olarte, Eva Garrido, María Nieves Moreno, Carmen Sáez, María Fernanda Fernández y María José Rodríguez.

Guardan especial relación con la temática objeto de esta entrada, a mi parecer, los artículos del profesor Jesús Cruz Villalón “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, y del profesor José Luis Monereo Pérez “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”.

Para el profesor Cruz Villalón, una variante de los procesos de externalización “se produciría en aquellos casos en los que la Administración Pública decidiese en un momento dado por volver a gestionar directamente un servicio o parcela del mismo que hasta el momento presente se encontraba asumido por una empresa privada. Nos encontraríamos ante una hipótesis más en la que se proyecta la posibilidad de aplicación de la subrogación laboral, a resultas de una transmisión de empresa o parte de la misma. Supuesto que, de principio, no presentaría diferencia cualitativa en la aplicación de la legislación laboral interna y de la Unión Europea en la materia. Prueba de ello es que, a estos efectos, cuando el asunto se ha presentado en sede judicial la discusión se ha centrado en términos idénticos al supuesto asimilable del retorno a la centralización del ciclo productivo entre dos empresas privadas; en concreto, en las más de las ocasiones las dudas se ciñen a aproximación de la legislación de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad a precisar en qué medida, una vez más, nos encontramos ante la transmisión de una entidad económica con identidad propia, que da lugar a la subrogación “ex lege” o, por el contrario, nos hallamos ante una mera asunción de actividad sin acompañamiento de los medios necesarios para tener la condición de unidad productiva autónoma y, por tanto, no es de

aplicación la normativa laboral al efecto. En los mismos términos, pocas especialidades concurren en estos casos respecto de la externalización de servicios genética inicial y de la sucesión de contratados administrativos”.

Para el profesor Monereo, y cito el resumen de su artículo “Desde hace tiempo se vienen incrementando los procedimientos de colaboración entre el sector público y el sector privado. En la coyuntura actual, a la intensa reestructuración de los entes y empresas que integran el sector público, se suma la proliferación de fenómenos de privatización y asimismo de recuperación de servicios públicos. Estos fenómenos –que presentan flujos y reflujos obedeciendo a diversas direcciones de política organizativa ideológicamente condicionadas- tienen una importante incidencia en el ámbito de las relaciones laborales afectadas y plantean, además, arduos problemas respecto a la aplicación de un marco normativo regulador (deficiente e insuficiente) en una palpable tensión entre las lógicas imperantes en los ordenamientos laboral y administrativo, que, sin embargo, han de conciliarse necesariamente bajo el obligado respeto a los principios y derechos consagrados en la Constitución”.

B) Aun siendo clara la finalidad perseguida por la norma, no es menos cierto que la redacción del precepto no es un modelo, ni mucho menos, de seguridad jurídica, en concreto en el apartado Uno a), en cuanto que la imposibilidad que se prevé de considerar como empleados públicos ex art. 8 de la Ley del Estatuto básico del empleado público a trabajadores que, por ejemplo, prestaban sus servicios en empresas privadas que llevaban a cabo la prestación de servicios públicos que ahora la Administración decide recuperar (revertir), se acompaña en el mismo precepto de la referencia expresa a que a dicho personal “le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral”, es decir el art. 44 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y por derivación de la Directiva 2001/23/CE

Cabe pensar, y creo que esta debe ser la finalidad de la norma, que se pretende evitar que los trabajadores de las actividad privadas remunicipalizadas puedan acceder a la función pública por una vía que no pasaría el filtro del acceso a ésta previsto en el art. 23 de la Constitución y su normativa de desarrollo, pero si tal fuera la finalidad no casa bien con la mención a la imposibilidad de adquirir la condición de empleado público según que de la definición de los mismos se contiene en el art. 8 del EBEP, ya que dicho precepto no sólo se refiere a los “funcionarios de carrera”, sino también al restante personal que presta sus servicios para la Administración, como son “funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y personal eventual”.

¿Querrán referirse los redactores del precepto a la adquisición de la condición de indefinido no fijo en los procesos de reversión, y evitar que por la vía posterior de convocatoria de plazas en oferta de empleo público dicho personal adquiere la fijeza funcional o laboral en su empleo? Y siendo posibles, en el análisis hipotético de las intenciones del legislador que estoy efectuando, ambas hipótesis, ¿respetan el principio constitucional de autonomía local y las posibilidades que la normativa vigente otorga de organizar la prestación de los servicios públicos a los que está obligada la Administración de la mejor manera posible (rentabilidad económica y también social) en interés de toda la ciudadanía?

Repárese, por consiguiente, en los siguientes contenidos de la disposición:

a) La vigencia indefinida del texto presentado, algo que no es infrecuente encontrar en disposiciones adicionales de los textos presupuestarios, dado que no afectan a los presupuestos anuales a los que se refieren los preceptos del texto articulado, pero que ciertamente supondría, de ser aprobado, una alteración sustancial, una limitación fáctica, de las competencias municipales para la determinación de qué criterios tomar en consideración para la prestación de los servicios públicos. Los litigios existentes en diversos ayuntamientos respecto a la posible remunicipalización de algunos servicios dan debida cuenta de los conflictos que la norma querría corta de raíz en el debate existente sobre la limitación de la autonomía municipal.

b) En la misma línea que la tesis anterior, se encuentra la consideración del carácter básico del contenido adicional de la disposición, con impacto inmediato y directo, una vez que el proyecto fuera aprobado y entrara en vigor, en la actuación de todas las Administraciones, en cuanto que la norma se dicta al amparo de lo dispuesto en los art. 149.1, 13ª y 18ª, y 156.1 de la Constitución. Recordemos que los dos primeros se refieren a las competencias exclusivas del Estado en materia de “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, y “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”, mientras que el segundo dispone que “Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles”.

c) La imposibilidad de considerar como empleados públicos (y remito a las dudas expuestas con anterioridad) a determinados trabajadores, que presten servicios en el sector privado o en el sector público, cuando, como consecuencia de una decisión de la Administración Pública competente, pasen a prestar servicios para ella (¿y si no son empleados públicos, que régimen jurídico tendrán?). (Actualización a 22 de abril de 2018: me permito remitir a las tesis expuestas en la introducción de la ponencia, sobre la posibilidad de ser considerados no sólo trabajadores indefinidos no fijos, sino también la de personal que ocupa puestos de trabajo a extinguir, o la de trabajador subrogado al que se le aplica la normativa laboral y no es considerado empleado público).

Obsérvese la amplitud de la norma, ya que aunque me estoy refiriendo en mi exposición a la Administración local, la más directamente afectada sin duda por el texto propuesto, la disposición adicional hace referencia a las “Administraciones Públicas” del art. 2 del EBEP, es decir la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las entidades locales, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y las Universidades Públicas. En los mismos términos, la disposición se refiere a los contratos adjudicados por las Administraciones previstas en el art. 2.3 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que incluye a “la Administración General del Estado, las Administraciones de las

Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2”, siendo estos últimos “cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas”.

Además, la norma no sólo nos dice que determinados trabajadores no podrán tener la consideración de empleados públicos, sino que tampoco (¿no es claramente redundante con lo anterior?) podrán ser incorporados en tal condición “en una Administración Pública o en una entidad de derecho público”. Me vienen a la cabeza al leer la disposición adicional los conflictos acaecidos en Andalucía respecto a la incorporación (o, mejor dicho, no incorporación) de los trabajadores de los consorcios locales de empleo al Servicio Andaluz de Empleo y los numerosos litigios suscitados en sede judicial, en especial en materia de despidos colectivos y de los que he ido dejando debida constancia en mis análisis efectuados en el blog.

d) Si la Administración quiere “recuperar” prestación de servicios que anteriormente se prestaban en régimen de contrato público de prestación de servicios por entidades privadas (servicios de limpieza, agua y electricidad sería algunos de los más significativos) sepan que la norma se lo va a poner muy difícil, con independencia de cuál fuera la razón o motivo que justificará tal decisión (la mejora de la prestación del servicio y un menor coste para la ciudadanía, por ejemplo) ya que no podrá considerar como “empleados públicos” a los trabajadores de las empresas contratistas 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”. Igualmente, tampoco podrán tener la condición de empleados públicos aquellos trabajadores que prestan sus servicios con anterioridad ya en el ámbito público pero con regulación laboral (una prueba clara, a mi parecer, de que la norma pretende evitar la adquisición de fijeza en la Administración) y que están prestando servicios en sociedades mercantiles públicas, consorcios en personas jurídicas societarias o fundacionales (también me vienen a la cabeza conflictos suscitados por la extinción contractual de contratos laborales como consecuencia de la reestructuración del sector público a consecuencia de los ajustes o recortes presupuestarios) cuando se haya adoptado la decisión política en la correspondiente sede competencial de integrarlos en una Administración Pública.

Recuerdo que a todos esos trabajadores que no serán, aunque presten servicios para ella, empleados públicos de una Administración, les son de aplicación los derechos regulados en el art. 44 de la LET en punto a garantizar su estatus jurídico y las obligaciones que deben asumir las empresas cedentes y cesionarias.

e) Pero ninguna ley puede evitar que se cumpla una sentencia judicial firme, y tampoco que en virtud de las competencias constitucionales y legales, personal como el referenciado con anterioridad pueda pasar a prestar servicios, tras superar las pruebas que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, en sociedades mercantiles públicas (a título de ejemplo, vid art 111 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que dispone que se entiende por sociedad mercantil estatal aquella sociedad mercantil sobre la que se ejerce control estatal: a) Bien porque la participación directa, en su capital social de la Administración General del Estado o alguna de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84, integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles

estatales, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a la Administración General del Estado y a todas las entidades integradas en el sector público institucional estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas. b) Bien porque la sociedad mercantil se encuentre en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes”).

No se sorprenderán los lectores y lectoras del monumental enfado de la mayor parte de las Administraciones Locales ante esta propuesta normativa, que podría dejar limitada a la mínima expresión las previsiones de la tasa de reposición previstas no sólo en los PGE de 2017 sino en los venideros, unas Administraciones que han perdido cerca de 100.000 empleos desde 2012, siendo los últimos datos disponibles (Boletín de personal al servicios de las Administraciones Públicas, julio 2016) de 547.825 empleados públicos, el 21,71 % del total del personal que presta sus servicios para las AA PP, y con un dato especialmente significativo y con posible impacto sobre cualquier decisión que adopte la Administración, cual es que el número de trabajadores laborales (295.184) es superior al del personal funcionario (206.893).

C) ¿Cómo han reaccionado las fuerzas políticas presentes en el Parlamento español, más exactamente ahora en el Congreso de los Diputados, con respecto a esta propuesta normativa? Con la presentación de diversas enmiendas que paso inmediatamente a comentar.

Son siete las enmiendas presentadas, aunque tres de ellas, de Unidos Podemos – En Comú Podem- En Marea, pueden ser objeto de atención conjunta ya que se refieren a dos apartados de la disposición y a una redacción alternativa de la misma.

Por el orden numérico que aparecen en el listado de enmiendas publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 12 de mayo, son las siguientes:

a) Enmienda núm. 63, de Esquerra Republicana, en la que se pide la supresión de toda la disposición. Se pone de manifiesto como las Administraciones Locales han visto constreñida en los últimos años sus competencias en materia de personal, y sus dificultades económicas para llevar a cabo mediante gestión directa la prestación de determinados servicios públicos, y que cuando los gobiernos resultantes de las últimas elecciones municipales se han puesto manos a la obra en bastantes casos para recuperar, revertir, la prestación de tales servicios, se van a encontrar, si prospera la disposición, con una nueva limitación para desarrollar su actividad, y más si en algunos casos las nuevas incorporaciones no se computan en la tasa de reposición.

Tras destacar, acertadamente a mi parecer, las contradicciones existentes en el seno de la norma, a las que ya me he referido con anterioridad, la enmienda aboga por la supresión de la propuesta normativa “y trasladar su debate a un ámbito específico de regulación laboral y de función pública que permita aportar mayor seguridad jurídica”.

b) Enmiendas 2712, 2713 y 2714 de Unidos Podemos – En Comú Podem - En Marea, con propuesta de supresión de la disposición adicional en los términos en que ha sido presentada, y de sustitución por un nuevo texto presentado.

Las enmiendas abogan por la supresión de la mención a la “vigencia indefinida” de la norma, y también de todo el texto. Respecto a la concreta supresión mencionada, se afirma que es incoherente que se haga dicha mención en un texto que regula anualmente una determinada materia, como es la de los PGE.

En cuanto a la supresión de todo el texto, además de poner de manifiesto igualmente sus contradicciones, se destaca que invade competencias constitucionales autonómicas y municipales relativas al ámbito de potestad de su autoorganización, y las dificultades que podría implicar para la gestión eficiente a que está obligada la Administración Local por mor de lo dispuesto en la normativa que les es aplicable. Coincido pues con la afirmación de que el apartado uno es contradictorio, “por cuanto que empieza estableciendo una imposibilidad de incorporación a las Administraciones Públicas o entidades de derecho público de determinado personal, para a continuación establecer que a ese personal, cuya integración se excluye, se le aplicarán las normas laborales sobre sucesión de empresas”; o lo que es lo mismo, “no pueden excluirse esas reglas laborales y las mismas conducen precisamente a lo que aparentemente se empieza impidiendo”

En la enmienda de supresión se propone ya una alternativa al texto, en cuanto que se acepta que la Administración Local pueda adoptar una decisión de remunicipalización de determinados servicios, y que ello implicará la incorporación de los trabajadores que desarrollan su actividad para las empresas anteriormente responsables de las mismas, que es la siguiente: considerar a los trabajadores como indefinidos no fijos en tanto en cuanto, en un plazo no superior a 3 años se procede a regularizar la oportuna OEP y proceso de selección. Este paso intermedio, imprescindible para garantizar la continuidad del servicio, los derechos de los trabajadores y el respeto a los principios constitucionales de acceso (igualdad, mérito y capacidad), es el que es capaz de conjugar toda la aplicación de esta normativa plural y de diferente naturaleza”. Es obvio que la propuesta guarda relación con el art. 70 del EBEP, relativo a la oferta de empleo público, en el que se dispone que “... en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”.

Esta tesis es confirmada en la propuesta de texto alternativo que se presenta, en la que también se argumenta y propone que las plazas que deban ser ocupadas en virtud de resolución judicial o decisión de la Administración competente que afecta a sociedades mercantiles públicas, no computen a efectos de la tasa de reposición.

En suma, para el grupo enmendante la nueva regulación propuesta “es la única respetuosa tanto con el cumplimiento de las normas laborales, nacionales y comunitarias, sobre sucesión de empresa, como con los principios legales y constitucionales de acceso al empleo público. Y la más respetuosa también con la libre decisión de cada administración, en uso de sus competencias, sobre la más adecuada ordenación de sus servicios y sobre las formas de gestión de los mismos”.

c) Enmienda núm. 4836, presentada por el grupo parlamentario mixto, en concreto por el Partit Demòcrata Europeu Català, y aboga igualmente por la supresión de la disposición, si bien no entra a cuestionar si puede limitarse o no las potestades de autoorganización de las Administraciones Públicas.

Simplemente, y no es poco ciertamente, pone de manifiesto que también se está tramitando en sede parlamentaria el proyecto de ley de CSP, para transponer al ordenamiento jurídico interno dos Directivas comunitarias de 2014 sobre la misma materia, considerando el grupo proponente que será en dicha norma cuando deberá determinarse “si debe regularse alguna limitación a la incorporación de personal laboral al sector público, en el caso de extinción de contratos de empresas concesionarias”, ya que a su parecer, y obsérvese en cualquier caso la sintonía con otras enmiendas respecto a la incorporación de este texto en una norma de vocación jurídica anual, que “sería una mala práctica legislativa regularlo en el trámite de la ley de presupuestos”.

d) Enmienda núm. 5846, presentada por el grupo parlamentario mixto, más concretamente por Compromís- Q, que plantea la modificación del texto presentado por el gobierno, para que se recoja que los trabajadores que hubieran accedido al empleo público por una vía que no garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, tendrán la consideración de “personal a extinguir”, por la vía de la convocatoria de la plaza ocupada o de su amortización, previendo en cualquier caso que las vacantes que se produzcan “serán cubiertas cumpliendo los principios legales de acceso al empleo público”, y sin que ese personal integrado por vías indirectas compute a efectos de la tasa de reposición.

e) Enmienda núm. 2.387, presentada por el grupo socialista, que propone la modificación del apartado dos de la disposición, a los efectos de que no se computen en la tasa de reposición de los efectivos de la Administración competente las incorporaciones producidas en virtud de decisión judicial o de incorporación a una sociedad mercantil pública, argumentando que si se actuara de esta forma, es decir si se contabilizan tales trabajadores en la tasa de reposición, “alteran o impiden 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”.

2. Texto comparado de las DA 27 y 35 del PL.

[El 6 de junio de 2017 publique el texto comparado de las DA 27ª y 35ª del PL, el informe de la ponencia, el dictamen de la Comisión y el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados](#), con la modificación relativa a la no toma en consideración a efectos de tasa de reposición del personal incorporado a las sociedades mercantiles públicas como consecuencia del cumplimiento de una sentencia judicial o previa tramitación de un proceso que garantizara los principios constitucionales de mérito, igualdad y capacidad. Esta es la comparación efectuada.

Proyecto de ley. http://bit.ly/2oSCwi3	Ponencia http://bit.ly/2qRPgs	Comisión de Presupuestos http://bit.ly/2rQ5MtX	Pleno del Congreso. http://bit.ly/2qTWYzD
<u>Disposición adicional vigésima séptima.</u>	Disposición adicional vigésima séptima.	Disposición adicional vigésima séptima.	Disposición adicional vigésima sexta.

Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.	Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.	Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.	Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.
<p>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:</p> <p>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</p>	<p>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:</p> <p>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,</p>	<p>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:</p> <p>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,</p>	<p>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:</p> <p>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</p>

<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.</p>	<p>Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.</p>	<p>Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.</p>	<p>Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.</p>
<p>Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de</p>	<p>Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de</p>	<p>Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de</p>	<p>Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o</p>

<p>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, se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos, quedando sujeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.</p>	<p>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, se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos, quedando sujeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.</p>	<p>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, se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos, quedando sujeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.</p>	<p>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.</p>
<p>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.</p>	<p>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</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>

<p><u>Disposición adicional trigésima quinta.</u></p> <p>Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.</p> <p>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</p>	<p>Constitución.</p> <p>Disposición adicional trigésima quinta.</p> <p>Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.</p> <p>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</p>	<p>Disposición adicional trigésima quinta.</p> <p>Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.</p> <p>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</p>	<p>Disposición adicional trigésima cuarta.</p> <p>Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.</p> <p>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</p>
--	--	---	--

<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>Así mismo, los órganos de personal citados no</p>	<p>Así mismo, los órganos de personal citados no</p>	<p>Así mismo, los órganos de personal citados no podrán</p>	<p>Así mismo, los órganos de personal citados no podrán</p>

<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>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</p>	<p>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</p>	<p>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</p>	<p>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</p>

distintos órganos con competencia en materia de personal.	coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.	con competencia en materia de personal.	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.	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.	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.	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.

3. Los cambios en el art. 130 del PL de CSP.

Más adelante, [el 13 de agosto, entré ya en el examen del Proyecto de LCSP, para destacar las importantes modificaciones de contenido social y laboral que se habían operado en su tramitación parlamentaria en el Congreso](#), con especial atención al art. 130, regulador de la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo. Aquí está la parte más relevante de mi explicación.

Llamo la atención en especial sobre la nueva redacción del apartado 130 tras el informe de la ponencia, que es la siguiente: “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 nueva norma incorpora las enmiendas núms. 8778 (GPM. PDeCat), 252 (ERC) y 595 (Grupo socialista).

Obsérvese que la justificación de la enmienda es prácticamente idéntica en la redacción de la justificación de cada una de ellas, y que parece ponerse el acento no en los trabajadores sino en los operadores económicos que prestaban con anterioridad el servicio: “No es otra que la de 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 finiquitar 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” (núm. 877); “No es otra que la de 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 finiquitar 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” (núm. 252); “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 finiquitar 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” (núm. 595).

La pregunta que dejo en el aire, y para la que no tengo respuesta, es quién ha redactado la enmienda y cuál es el motivo de que haya sido acogida por los tres grupos parlamentarios citados. No hay explicación alguna en el breve debate parlamentario de comisión. Será interesante conocer el parecer de los responsables políticos de las Corporaciones Locales.

LCSP 2011	Proyecto de Ley (2-12-2016)	Informe Ponencia (26-7-2017)	Texto aprobado en comisión (competencia legislativa plena) 27-7-2017
<p>Artículo 120.</p> <p>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</p>	<p>Artículo 130.</p> <p>Cuando una norma legal o el correspondiente Convenio Colectivo imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberá</p>	<p>Artículo 130.</p> <p>1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios</p>	<p>Artículo 130.</p> <p>1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios</p>

<p>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.</p>	<p>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 una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.</p>	<p>dependientes del órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.</p>	<p>dependientes del órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.</p>
<p>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 éste.</p>	<p>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.</p>	<p>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. Como parte de esta información en todo caso se</p>	<p>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. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los</p>

		<p>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.</p> <p>2 (nuevo). Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando éstos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.</p>	<p>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.</p> <p>2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando éstos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.</p>
--	--	---	---

		<p>Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.</p> <p>3 (nuevo). 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</p>	<p>Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.</p> <p>3. 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</p>
--	--	--	---

	<p>El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 190 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.</p> <p>Así mismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su</p>	<p>eficacia general.</p> <p>4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 190 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.</p> <p>5 (nuevo). En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.</p> <p>6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su</p>	<p>4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.</p> <p>5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.</p> <p>6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su</p>
--	---	---	--

	<p>caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, podrá proceder a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos.</p>	<p>caso, de lo establecido en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no</p>	<p>caso, de lo establecido en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no</p>
--	--	---	---

		devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.	devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.
--	--	---	---

4. La prioridad de los convenios sectoriales a efectos de fijación de criterios de subrogación y de normativa aplicable sobre condiciones de trabajo.

Por último, [me refiero a la entrada publicada el 22 de octubre, en la que puse de manifiesto como la composición del Congreso en la nueva legislatura había provocado la desestimación de las tres enmiendas introducidas por el grupo popular en el Senado](#), en las que se suprimía la referencia a la prioridad del convenio colectivo sectorial que sí había quedado recogida en el texto aprobado por la Cámara baja. Aquí está la parte más relevante de mi exposición:

A) El jueves 19 de octubre fue definitivamente aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el “Proyecto de Ley de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014”, que había iniciado su tramitación parlamentaria mediante la publicación en el Boletín Oficial del Congreso el 2 de diciembre de 2016. La norma, según estipula la disposición final decimosexta, entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el BOE.

En mi análisis de los cambios operados por el Senado en el texto aprobado por el Congreso expuse que “El texto ha sido remitido ya al Senado para su tramitación a partir del mes de septiembre, y es muy razonable pensar que no se producirán, si es que se produce alguno, cambios de importancia en el proyecto de ley, dada la mayoría absoluta del grupo popular en la cámara alta”. Poco después, al dar mi parecer sobre las enmiendas incorporadas en el Senado, manifesté que “parece lógico pensar que el proyecto remitido por el Congreso será modificado en un aspecto laboral sustancialmente relevante y que había merecido una valoración positiva por el mundo sindical, para rechazar la aplicación automática del convenio colectivo sectorial cuando exista, por lo que seguirá siendo de aplicación la normativa de la LET y sus reglas sobre articulación de las unidades negociadoras y la prioridad aplicativa del convenio de empresa cuando exista y regule las materias a que se refiere el art. 84.2 de la LET”.

Ya sea por el convulso mapa político actual, o bien porque la dinámica parlamentaria de los grupos políticos en el Congreso y el Senado (y me refiero ahora concretamente a la del grupo popular) no parecen precisamente bien coordinadas, (me inclino por la primera hipótesis) mis dotes de adivino o pitoniso político han quedado una vez más por los suelos, aunque les puedo asegurar que en esta ocasión no lamento en absoluto haberme equivocado, ya que es bien conocida mi valoración crítica de la reforma laboral operada en 2012 (primero por el Real Decreto-Ley 3/2012 y después por la Ley 3/2012 de 6 de julio, con varias modificaciones posteriores) por lo que respecta a la prioridad otorgada a los convenios colectivos de empresa y el consiguiente

debilitamiento de la negociación colectiva sectorial como eje vertebrador de las relaciones de trabajo en los distintos sectores de actividad.

En mi explicación de las enmiendas incorporadas en Senado expuse lo siguiente: “Ciertamente, me sorprendió comprobar que el texto aprobado por el Congreso incluía referencias expresas a la aplicación de los convenios colectivos sectoriales (es decir, una tesis defendida por las organizaciones sindicales y gran parte de los grupos políticos de la oposición), dada la regulación vigente en la Ley del Estatuto de los trabajadores y la prioridad aplicativa que esta norma concede en ámbitos muy relevantes (fue, recuérdelo, una de las “estrellas” de la reforma laboral de 2012 más firmemente defendida por sus redactores) al convenio colectivo de empresa. En concreto, me refiero a las menciones contenidas en los arts. 122 (Pliegos de cláusulas administrativas particulares), 149 (Ofertas anormalmente bajas) y 202 (Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden).

La razón de la expresa mención a tales convenios sectoriales, y por tanto a su obligatorio respeto con independencia de la posible existencia de un convenio de empresa, pudo haberse debido a la búsqueda de acuerdos en el seno de la ponencia (obviamente necesarios dada la composición actual de la Cámara Baja), y quizás también (y no me parece descartable en modo alguno está hipótesis) a que el conocimiento de la normativa laboral por parte de los miembros de la ponencia y de la comisión del grupo parlamentario popular no tuviera, lógicamente, la misma entidad que el ámbito en el que se desarrolla habitualmente su actividad parlamentaria.

Pero, quien sí tiene sin duda conocimiento de la normativa son los parlamentarios populares de la comisión de empleo, y por supuesto los responsables del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. O, al menos, eso es lo que parece visto que las tres únicas, e importantes enmiendas, al proyecto de ley que el grupo popular ha presentado en el Senado, se dirigen precisamente a los tres artículos citados, y todas ellas tienen una finalidad común, cuál es la desaparición de la referencia expresa a la aplicación prioritaria de los convenios colectivos sectoriales, con la argumentación que sin duda habrán preparado laboralistas (del grupo parlamentario o del MEySS) de la libertad de fijación de los ámbitos de negociación, de la posibilidad de disponer de un convenio colectivo de empresa, y de la prioridad aplicativa que se concede al mismo en el art. 84 de la LET”.

Las enmiendas incorporadas en el Senado fueron rechazadas por el Congreso por 171 votos en contra, frente a los 164 votos favorables obtenidos, siendo sin duda relevante el voto negativo de los diputados del Partido Nacionalista Vasco. Recordemos que el texto remitido al Senado había sido aprobado por la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas del Congreso, con competencia legislativa plena, con 20 votos a favor y 17 abstenciones.

¿Se inicia de esta forma la contrarreforma laboral de 2012, aunque sea por una vía indirecta no estrictamente laboral, como es una norma administrativa, o es pronto para lanzar, con fundamento de causa, esta afirmación? No me atrevo a seguir pronosticando, vistas ya mis inexistentes dotes de adivino político, pero sí afirmo, con fundamento de causa, que la dinámica parlamentaria actual, consecuencia de la convulsa situación política, unida a los resultados electorales de junio de 2016, pueden hacer posible unos cambios sustanciales en aquella reforma, siendo no menos relevantes los acuerdos que

se alcancen entre el gobierno y los agentes sociales en las distintas mesas abiertas de diálogo social.

B) Es importante recordar cuáles son los preceptos de la nueva Ley que incorporan referencias expresas a los convenios colectivos sectoriales. Es decir, nos hemos de fijar en aquellos preceptos que pretendieron ser modificados por tres enmiendas aprobadas en el Senado a propuesta del grupo popular.

a) Artículo 122. Pliego de cláusulas administrativas particulares (Texto definitivo).

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 212.1; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”.

La enmienda aprobada en el trámite parlamentario del Senado, así como su fundamentación, era la siguiente:

Se proponía la modificación del inciso “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”, por el de “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo que sea de aplicación”.

Se justificaba porque “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, que recoge lo que es un principio esencial de la negociación colectiva, “Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”. De acuerdo con lo anterior, pueden existir unidades de negociación y por ende convenios colectivos de ámbito funcional diverso, desde empresa o centro de trabajo hasta el nivel sectorial.

La redacción actual del artículo 122.2 desconoce la posibilidad de que en el convenio colectivo de empresa se establezcan condiciones de trabajo distintas de las que se prevén en el convenio colectivo sectorial, de acuerdo con lo que prevé el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, no puede establecerse en este artículo 122.2 que una empresa haya de cumplir con lo establecido en el convenio sectorial si cuenta con un convenio colectivo propio. Incluso podría producirse el caso de que las condiciones salariales del convenio sectorial fueran inferiores a las del convenio de empresa aplicable”.

b) Artículo 149. Ofertas anormalmente bajas (Texto definitivo).

.... En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 199”.

La enmienda incorporada en el Senado, posteriormente rechazada por el Congreso, y su fundamentación, era la siguiente:

Se proponía modificar el inciso “incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes”, por el de “incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos aplicables vigentes”. Se justificaba porque “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, que recoge lo que es un principio esencial de la negociación colectiva, “Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”. De acuerdo con lo anterior, pueden existir unidades de negociación y por ende convenios colectivos de ámbitos funcional diverso, desde empresa o centro de trabajo hasta el nivel sectorial.

La redacción actual del artículo 149.4 desconoce la posibilidad de que en el convenio colectivo de empresa se establezcan condiciones de trabajo distintas de las que se prevén en el convenio colectivo sectorial, de acuerdo con lo que prevé el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, no puede establecerse en este artículo 149.4 que una empresa haya de cumplir con lo establecido en el convenio sectorial si cuenta con un convenio colectivo propio”.

c) Artículo 202. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

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

En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.

2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

... Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las

desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial”.

La enmienda incorporada en el Senado, y rechazada por el Congreso, así como su fundamentación, era la siguiente:

Se proponía modificar el inciso “garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables”, por el de “garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos aplicables”. Se justificaba porque “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, que recoge lo que es un principio esencial de la negociación colectiva, “Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”. De acuerdo con lo anterior, pueden existir unidades de negociación y por ende convenios colectivos de ámbito funcional diverso, desde empresa o centro de trabajo hasta el nivel sectorial.

La redacción actual del artículo 202.2 desconoce la posibilidad de que en el convenio colectivo de empresa se establezcan condiciones de trabajo distintas de las que se prevén en el convenio colectivo sectorial, de acuerdo con lo que prevé el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, no puede establecerse en este artículo 202.2 que una empresa haya de cumplir con lo establecido en el convenio sectorial si cuenta con un convenio colectivo propio”.

V. Cuestiones a debate sobre la reversión de servicios públicos y los derechos de los trabajadores afectados.

Deseo exponer a continuación, y como complemento de las referencias realizadas con anterioridad a las aportaciones de las doctrinas laboralista y administrativista, así como también de las referencias realizadas a la normativa objeto de atención en esta ponencia, tanto en la fase de proyecto de ley como en el texto definitivo y las modificaciones (especialmente importantes en la LCSP, art. 130.3) operadas durante su tramitación parlamentaria, dos cuestiones, que someto a la consideración de todas las personas

asistentes. Lo hago también, obviamente, tomando en consideración la abundante jurisprudencia del TJUE y del TS.

1. A los efectos de aplicar la Directiva 2001/23/CE y el art. 44 de la LET a las Administraciones Públicas en casos de reversión de servicios, podemos afirmar que el art. 1.1 de la Directiva, interpretado por la jurisprudencia del TJUE, permite su conceptualización como tal.

Respecto a cuándo podrá conceptuarse como transmisión de empresa una reversión, habrá que estar también a lo dispuesto en el art. 1.1 de la Directiva y a su interpretación por el TJUE, siendo los dos requisitos que deben concurrir el subjetivo, es decir, el cambio de titularidad empresarial, y el objetivo, o lo que es lo mismo la transmisión de medios organizados para poder llevar a cabo una actividad económica, si bien cuando se trate de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra se admite que la existencia de la transmisión puede producirse cuando el cesionario (en este caso la Administración o entidad dependiente) se haga cargo de una parte relevante del personal que prestaba sus servicios para la empresa anteriormente encargada de la actividad, y además por vía convencional podrá establecerse la subrogación obligatoria del personal. Mucho más dudoso es el supuesto de establecer dicha subrogación en los pliegos de condiciones de los contratos administrativos, siendo así además que la nueva LCSP ha aceptado, a diferencia de las dudas que suscitaba la normativa anterior, la tesis restrictiva.

2. Si aceptamos que la reversión puede calificarse de transmisión de empresa, y que, por ello, tanto en aplicación del primer párrafo del apartado 1 del art. 3 de la Directiva (“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 de tal traspaso”, como del apartado 1 del art. 44 de la LET (“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”) debe producirse la subrogación del personal afectado por el traspaso, cabe preguntarse, tal como hemos comprobado en el estudio de las diversas tesis doctrinales, en qué condición jurídica se incorporarán los trabajadores a la Administración.

A) Una primera tesis sería la de su incorporación como trabajadores indefinidos “ordinarios”. En esta tesis parece apuntar una reciente sentencia del TS de 19 de septiembre de 2016 (Rec. Núm. 2629/2016). No obstante, las dudas surgen inmediatamente en cuanto que esta tesis implica consolidar personal por una vía no prevista en la normativa constitucional y legal aplicable para el acceso al empleo público; por otra parte, tal como subraya el profesor Tomas Sala Franco en el artículo antes citado, los problemas prácticos que esta tesis acarrearía si se ocuparan puestos de trabajo funcionariales o estatutarios, “no tanto en el caso de que los puestos fueran laborales”, se darían por la coexistencia de “dos regímenes distintos para un mismo puesto de trabajo: difícil o imposible movilidad, y en general diferentes condiciones de trabajo y de regulación de las mismas”.

B) Cabe pensar, en segundo término, y esta tesis encuentra acogida jurisprudencial y doctrinal abundante, en que los trabajadores afectados se incorporarán en condición de trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, figura que ha sido ya expresamente recogida, tras su inicial aceptación por el TS, en la Ley del EBEP. La relación del trabajador con su nueva empresa se mantendrá hasta que se amortice la plaza o bien se convoque a concurso y aquel no lo supere. De aplicarse esta tesis, no estaremos en igualdad de derechos, por lo que respecta a los trabajadores afectados, que los que tenía (si se trataba, fundamentalmente, de contrato indefinido) en su relación contractual anterior, ya que la amortización de la plaza como causa de extinción no existía en la relación anterior.

C) En fin, las tesis que también se han propuesto como alternativas de las anteriores son las de trabajadores cuyos puestos de trabajo son a extinguir y la de trabajadores “subrogados” que no tendrían la consideración de empleados públicos por no estar regulada esta figura en el EBEP, que ha sido ampliamente desarrollada por el profesor Joan Mauri en el artículo antes citado y al que ahora me remito, con la única referencia, por su indudable relación con la primera tesis expuesta, y que como puede comprobarse tiene muchos puntos de conexión, que la subrogación no sería una innovación normativa, sino “simple aplicación objetiva de la regulación de sucesión de empresas contenida en la normativa laboral general, más generalmente en el art. 44 LET, que resulta ser una transposición de la Directiva 2001/23/CE, una regulación claramente dirigida a favorecer la estabilidad laboral, que no se considera alejada del principio de pleno empleo que incorpora el art. 40.1 CE como principio rector de la política social”.

ANEXO I. Comentario de sentencias del TJUE sobre transmisión de empresa y derechos de los trabajadores, de especial importancia para las Administraciones Públicas o entidades dependientes.

1. Transmisión de empresas. Actividad que se basa esencialmente en equipamiento. Empresa titular de un servicio público. Nota ala sentencia del TJUE de 26 de noviembre (asunto C-509/14).

A) Es objeto de atención la sentencia hecha pública el 26 de noviembre, en el asunto C-509/14, que versa sobre la aplicación de la Directiva 2001/23/CE relativa a la transmisión de empresas y que, además, es de especial interés para el derecho laboral español en cuanto que la cuestión prejudicial fue presentada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante auto de 9 de septiembre de 2014.

Como digo, el litigio versa sobre un supuesto jurídico en el que se cuestiona si estamos en presencia o no de una transmisión de empresa, con lo que ello implica, en el supuesto de darse una respuesta afirmativa, de protección de los derechos de los trabajadores frente al nuevo titular. La duda que se le suscita al TSJ, y que le lleva a presentar la cuestión prejudicial es que, entre los diversos pronunciamientos del TJUE sobre el art. 1.1, “no creemos que exista uno que directamente resuelva si quedan comprendido en la noción de traspaso de una entidad económica que mantiene su identidad, contemplada en dicho precepto, los casos de reversión de una contrata a la empresa pública titular del servicio por haber decidido ésta no prorrogarla y realizarla con sus propios medios personales, no subrogándose en los que empleaba la última contratista, cuando para la prestación del servicio son relevantes los medios materiales (en este caso, las grúas con

que se manipulan las cargas) y éstos nunca los ha puesto la contratista sino el propio titular del servicio, que imponía su uso, de tal forma que con la reversión, el servicio se sigue realizando en las mismas condiciones y con los mismos medios materiales que antes, variando únicamente los personales”.

El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: “Procedimiento prejudicial — Directiva 2001/23/CE — Artículo 1, apartado 1 — Transmisiones de empresas — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores — Obligación del cesionario de hacerse cargo de los trabajadores — Empresa pública titular de un servicio público — Prestación del servicio por otra empresa en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos — Decisión de no prorrogar ese contrato a su vencimiento — Mantenimiento de la identidad de la entidad económica — Actividad que se basa esencialmente en el equipamiento — Decisión de no hacerse cargo del personal”.

En concreto, la petición de decisión prejudicial se pregunta sobre la interpretación del art. 1, apartado 1, de la citada Directiva, y el auto del TSJ del País Vasco que la plantea encuentra su razón de ser en el litigio suscitado en sede laboral entre ADIF por una parte, y por otra la empresa a la que ADIF externalizó durante un cierto tiempo su actividad en el puerto de Bilbao, un trabajador de la citada empresa que fue despedido en un despido colectivo tramitado como consecuencia de la pérdida de la contrata de ADIF, y el Fondo de Garantía Salarial.

B) Situemos en primer lugar los términos del litigio referenciado. ADIF presta el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en la terminal del Bilbao, externalizando tal servicio a partir del 1 de marzo de 2008 a la empresa Algesposa, que “prestaba sus servicios en las instalaciones de ADIF con grúas de esta última”. La contrata se mantuvo, con prórroga, hasta el 30 de junio de 2013, fecha en que ADIF comunicó que prestaría ella misma, con su personal, dicho servicio, y también, y aquí está el núcleo duro del conflicto, que no se subrogaría en los derechos y obligaciones del personal de Algesposa que estaba llevando a cabo esa actividad, circunstancia que provocó la presentación de un procedimiento de despido colectivo por parte de la empresa anteriormente contratista, basado en causas productivas y que supuso, entre otros, el despido del trabajador después demandante, por estar adscrito a la ejecución de la contrata.

Disconforme con la decisión empresarial de proceder a una extinción de su contrato por causas objetivas, el trabajador interpuso demanda contra su empresa y también contra ADIF, por considerar que el supuesto litigioso era una transmisión de empresa regulada por el art. 44 de la LET y la nueva titular de la prestación del servicio (es decir ADIF) debía subrogarse como empleadora de los trabajadores de aquella que estaban adscritos a la contrata, por lo que el despido debía ser declarado nulo o improcedente, con la obligación de ADIF de readmitirle, es decir reincorporarlo, en su puesto de trabajo.

La tesis del demandante fue acogida en sentencia dictada el 17 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Bilbao. Según puede leerse en el antecedente de hecho tercero del Auto del TSJ, “3.- El Juzgado sustenta su decisión, en cuanto a la existencia de un despido por parte de ADIF, en su negativa a subrogarse en la relación laboral que hasta el 14 de julio de 2013 mantuvo el demandante con ALGEPOSA, a lo que estaba obligado conforme al art. 44 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), en su interpretación conforme a la normativa comunitaria (Directiva

2001/23/CE; en adelante, la DIRECTIVA), al estar ante un supuesto de reversión de contrata, existiendo un cliente fijo (RENFE OPERADORA) y unas infraestructuras afectas a la explotación de la misma (grúas), de uso obligado para el contratista, negándose a asumir al personal de ésta adscrito a la contrata por haber decidido efectuarlo con su propio personal”.

C) El TJUE procede, como hace en todos los litigios, al estudio del marco jurídico europeo y estatal, y reproduce en la sentencia el texto de los arts. 1.1, 2, y 4.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, “sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad”. Conviene recordar que la Directiva estipula que la transmisión no constituye un motivo de despido, ni para el cedente ni para el cesionario, con independencia de que puedan producirse despidos que se produzcan “por razones económicas, técnicas, organizativas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo”.

Igualmente, se acerca al estudio del art. 44, apartado 1 y 2, de la LET, que reproduce en su integridad. Recordemos que el apartado 2 es una transcripción casi literal del art. 1.1 b) de la Directiva, considerándose transmisión (a efectos de la Directiva en un caso y del derecho español en otro) aquella que afecte “a una entidad económica que mantenga su actividad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar una actividad económica, esencial o accesoria”.

A partir de aquí, el TJUE debe pronunciarse sobre la cuestión prejudicial planteada, que se sustancia en la existencia o no de una transmisión cuando se recupera una actividad (reversión) por parte de una empresa del sector público que hasta entonces estaba externalizada, pero no se desea incorporar a la plantilla de la empresa afectada, con lo que el TJUE tendrá nuevamente oportunidad de pronunciarse sobre cómo debe entenderse e interpretarse el art. 1.1 de la Directiva, y más exactamente sobre qué debe entenderse por transmisión de empresa (o centros de actividad, o partes de empresa o de centros de actividad), definiéndose la misma en la letra b) del mismo precepto y que ha sido ya referenciado con anterioridad. En el bien entendido, que el TJUE puede reformular la cuestión que le ha planteado el órgano jurisdiccional social nacional, con el fin de proporcionarle “una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce”, y hecha esta manifestación, para el TJUE la cuestión queda formulada en estos términos: si el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse “en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal”.

D) ¿Cuál es el contenido más destacado de la fundamentación jurídica del TJUE?

En primer lugar, el obligatorio recordatorio de lo dispuesto en el art.1.1 c) de la Directiva, es decir su aplicación a las empresas públicas, como es el caso de ADIF, sin

que el hecho de ser titular de un servicio público la excluya del ámbito de aplicación de la Directiva, trayendo a colación en defensa de su tesis su jurisprudencia sentada, entre otras, en la sentencia de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09), con cita de otras anteriores (“Así, 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). 27. Por consiguiente, el hecho de que, como sucede en el procedimiento principal, uno de los sujetos interesados sea un ayuntamiento no se opone, por sí solo, a la aplicación de la Directiva 2001/23”).

En segundo lugar, y nuevamente con remisiones a su jurisprudencia sentada en anteriores sentencias, el TJUE recuerda que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca “todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que por este motivo asume las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales”. Es decir, encaja aquí, queda incluido, el supuesto objeto de litigio ante el TSJ, que no es otro que el de una empresa (pública, titular de una determinada actividad económica) que decide poner fin a la contrata que tenía con otra empresa para llevar a cabo su actividad y con la finalidad de prestarlos ella misma, con su propio personal, desde el momento de extinción de la contrata.

En tercer lugar, y una vez delimitado que podemos encontrarnos ante un supuesto de transmisión de empresas, llega el momento de conocer si puede darse efectivamente ese supuesto, es decir si estamos ante una “entidad económica que mantenga su identidad”, definida en el art. 1.1 b) de la Directiva, y en el marco normativo español en el art. 44.2 de la LET. Con obligada referencia nuevamente a su jurisprudencia el TJUE nos recuerda que han de tomarse en consideración “todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación”, con especial atención al tipo de empresa o de actividad de que se trate, dado que en unas ocasiones serán verdaderamente relevante que se base esencialmente en la mano de obra, y en otras en el mantenimiento de un equipamiento importante como es el supuesto que no ocupa, ya que ADIF puso a disposición de la contratista “grúas y locales que se revelan elementos indispensables para llevar a cabo la actividad”. Es desde este planteamiento cómo pueden valorarse otros elementos que pueden darse en cualquier supuesto en que se cuestione la existencia de una transmisión de empresa y que a título ejemplificativo son mencionados por el TJUE en el apartado 32 de su sentencia: “el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades”.

Puede cuestionarse si el hecho de que los elementos necesarios para el desarrollo de la actividad eran originariamente, y siguen siéndolo después de la extinción de la contrata de ADIF, de la titular del servicio público, es un elemento que podría ir en sentido contrario a la tesis de la transmisión de empresa, pero esta hipótesis es inmediatamente descartada por el TJUE con apoyo en su sentencia de 20 de noviembre de 2003 (asunto

C-340/01) (“41. Sin embargo, de los propios términos del artículo 1 de la Directiva 77/187 se desprende que el ámbito de aplicación de esta última abarca a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa y que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales (sentencias de 17 de diciembre de 1987, Ny Mølle Kro, 287/86, Rec. p. 5465, apartado 12, y de 12 de noviembre de 1992, Watson Rask y Christensen, C-209/91, Rec. p. I-5755, apartado 15). 42. Por consiguiente, la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueran puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187”). El TJUE hace suya la tesis de la Comisión Europea de la nula importancia del hecho de que los elementos materiales hayan pertenecido siempre al cesionario a los efectos de determinar si ha habido, o no, transmisión de empresa.

El núcleo duro del litigio se centra en la hipotética obligación de ADIF, si aceptamos que estamos en presencia de una transmisión de empresa, de subrogarse como empleadora en los derechos y obligaciones de los trabajadores de la empresa que llevó a cabo la actividad durante el período de su externalización. Es aquí donde cobra total importancia determinar si la actividad llevada a cabo, y sobre la que se discute, se basa esencialmente o no en el equipamiento, en cuyo caso afirmativo debería aplicarse la Directiva y quedar obligada la empresa pública a la subrogación del personal, ya que otra interpretación “iría en contra del objetivo principal de la Directiva, que es mantener los contratos de trabajo de los trabajadores del cedente, aún en contra de la voluntad del cesionario”.

Es en este punto donde el TJUE, una vez interpretado el art. 1.1 de la Directiva, devuelve el litigio al tribunal nacional español para que este adopte la decisión jurídica que considere adecuada, teniendo en consideración tanto la formulación jurídica efectuada por el TJUE como todas las circunstancias de hecho concretas del caso, en el bien entendido, a mi parecer, que el TJUE parece estar manifestando una clara preferencia hacia la existencia de tal transmisión al poner de manifiesto en su apartado 60 que el hecho de que ADIF no se hiciera cargo de los trabajadores de la empresa que prestó el servicio durante cinco años “no basta para excluir que la entidad económica de que se trata en el litigio principal haya mantenido su identidad y no permite negar, por tanto, la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la citada Directiva”.

2. Sobre el concepto de transmisión de centro de actividad y los derechos de los trabajadores. Una nota a la sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto C-200/16).

A) Es objeto de atención la sentencia dictada por la Sala décima del TJUE el 19 de octubre, en el asunto C-200/16, que versa sobre el concepto de transmisión de empresa y los excepciones que pueden establecerse por el legislador nacional. El interés de la sentencia radica a mi entender en la recapitulación y ordenación de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia, y no tanto propiamente sobre el caso concreto abordado.

El resumen oficial de la sentencia, que ha sido dictada sin conclusiones del abogado general, y que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo

de Portugal, es el siguiente: “«Procedimiento prejudicial — Directiva 2001/23/CE — Artículo 1, apartado 1 — Transmisiones de empresas o de centros de actividad — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores — Obligación del cesionario de hacerse cargo de los trabajadores — Prestación de servicios de vigilancia y seguridad realizada por una empresa — Licitación — Adjudicación del contrato a otra empresa — Decisión de no hacerse cargo del personal — Disposición nacional que excluye del “concepto de transmisión de empresa o de centro de actividad” la pérdida de un cliente por parte de un operador por la adjudicación del servicio a otro operador”.

B) El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de una demanda por diecisiete trabajadores de la empresa ICTS contra la misma y contra otra empresa, Securitas, con alegación de que la segunda había infringido la normativa laboral, al no reconocerles su condición de trabajadores de la misma tras que ICTS le traspasara el centro de actividad donde prestaban sus servicios.

La relación contractual mercantil existente era la que vinculada a Porto dos Açores e ICTS, al objeto de que el personal de esta última prestara funciones de vigilancia de las instalaciones de la primera, con utilización de dispositivos de videovigilancia con arreglo a las instrucciones facilitadas por su empresa, la cual también ponía a su disposición los uniformes y los equipos radiofónicos necesarios para el desarrollo de su actividad.

Con ocasión de una nueva licitación pública para la prestación de los servicios de vigilancia, el nuevo contrato fue adjudicado a la empresa Securitas, siendo informados los trabajadores de ICTC que a partir de la fecha en que aquella se hacía cargo de los servicios (17 de junio de 2013), pasarían a prestar su actividad para la misma.

No fue esta tesis aceptada por la nueva empresa adjudicataria, quien comunicó a dichos trabajadores que seguían formando parte de la plantilla de ICTS, razón por la que acudieron a los tribunales laborales con petición de condena a Securitas, y de forma subsidiaria a ICTS, del reconocimiento de su condición de trabajadores de la empresa y que la decisión de aquella debía ser calificada como despido improcedente.

La pretensión fue estimada por el tribunal de trabajo de Ponta Delgada por entender que se había producido un traspaso de centro de actividad y que implicaba la subrogación de los trabajadores de ICTS. La sentencia dictada en instancia fue recurrida por Securitas ante el Tribunal de Lisboa, siendo confirmada la primera. Finalmente, se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue, como ya he apuntado, quien interpuso la cuestión prejudicial en la que preguntaba sustancialmente si se había producido en el caso concreto enjuiciado una transmisión de empresa o centro de actividad en los términos definidos en el art. 1 de la Directiva 2001/23/CE.

Antes de referirme a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS portugués, conviene señalar que la normativa interna del país luso aplicable al litigio planteado, en concreto la cláusula núm. 13 del convenio colectivo celebrado en 2011 entre las organizaciones empresariales de seguridad privada y el sindicato de servicios de consejería, vigilancia, limpieza doméstica y servicios diversos, dispone lo siguiente: “1. En caso de transmisión por cualquier título de la propiedad de una empresa, centro de actividad o parte de una empresa o de un centro de actividad que constituya una unidad económica, el cesionario se subroga en los derechos y obligaciones del empresario en el contrato de trabajo de los trabajadores afectados. 2. No se incluye en el concepto de

transmisión de empresa o de centro de actividad la pérdida de un cliente por un operador debida a la adjudicación del servicio a otro operador”.

C) Las cuestiones prejudiciales planteadas son las siguientes:

a) ¿Constituye la situación descrita en los autos una transmisión de empresa o de establecimiento, de tal modo que ha tenido lugar la transmisión de la empresa ICTS a [...] Securitas a raíz de la celebración de un concurso público en el que se adjudicó a Securitas [...] la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad en el puerto de Ponta Delgada, en la isla de San Miguel, en las Azores (Portugal), y conforma la transmisión de una unidad económica, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 de la [Directiva 2001/23]?

b) ¿Constituye la situación descrita en los autos una mera sucesión de empresas en competencia, a raíz de la adjudicación de la prestación de servicios a la empresa seleccionada en el concurso público que se refiere a dicho contrato, de tal modo que queda excluida del concepto de «[transmisión] de empresa [o] de centro de actividad» a efectos de dicha Directiva?

c) ¿Es contrario al Derecho de la Unión relativo a la definición de transmisión de empresa o de centro de actividad derivada de la [Directiva 2001/23], el apartado 2 de la cláusula 13 del convenio colectivo... en la medida en que dispone que “no se incluye en el concepto de transmisión de empresa o de centro de actividad la pérdida de un cliente por parte de un operador por la adjudicación del servicio a otro operador”?

D) EL TJUE repasa primeramente cuál es la normativa europea y nacional aplicable. Respecto a la primera, se remite a lo dispuesto en los considerandos 3 y 8 de la citada Directiva, así como también al art. 1.1, a) y b), y el art. 3.1. Recordemos que la norma europea se aplica a las transmisiones de empresa, centros de actividad, o partes de empresa o centros de actividad, y que se define como transmisión la de “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”.

Con relación a la segunda, además del texto convencional ya citado, hay que tomar en consideración el art. 285 del Código de Trabajo, de transposición de la normativa comunitaria y que define la entidad económica que se traspa como “el conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, principal o accesoria”.

E) Como he indicado al inicio de mi explicación, creo que el interés de la sentencia es más de carácter doctrinal, en cuanto que sintetiza muy bien la jurisprudencia anterior sobre la materia objeto del litigio.

En primer lugar, que no es necesaria la relación directa, contractual, entre las dos empresas que asumen las tareas de seguridad para que la Directiva sea aplicable, ya que la norma se aplica “en todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que contrae las obligaciones de empresario respecto a los empleados de la empresa”.

En segundo término, que para saber si nos encontramos ante una unidad económica que cumple los requisitos previstos por el art. 1 de la Directiva, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que se dan en la operación, con particular atención al tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, es decir a qué tipo de actividad se lleva a cabo y cuáles son los métodos de producción o de explotación utilizados, y de forma más general “el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades”, añadiendo que tales elementos “deben apreciarse en el marco de una evaluación de conjunto de las circunstancias del caso y, por lo tanto, no pueden apreciarse aisladamente”.

En tercer lugar, como complemento necesario de lo anteriormente expuesto, que la entidad económica no será tal a efectos de transmisión, no incardinable en el art. 1 de la Directiva, cuando la actividad desarrollada se basa esencialmente en la mano de obra y el (supuesto) cesionario no se hace cargo de la mayor parte de la plantilla. De contrario, sí lo puede ser cuando aquello que importa fundamentalmente es el equipamiento, de tal manera que la incorporación del personal de la empresa cedente supondría una interpretación contraria a la finalidad perseguida por la Directiva, que no es otra que proteger los derechos de los trabajadores en supuestos de subrogación empresarial.

Por consiguiente, y ya dando respuesta concreta a las cuestiones prejudiciales planteadas, el TJUE manifiesta que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la empresa cedente transmitió a la cesionaria el equipo necesario para el desarrollo de la actividad de vigilancia en las instalaciones portuarias; en el bien entendido, que esa transmisión puede ser de manera directa o indirecta, es decir en este último caso mediante la puesta a disposición por la empresa en donde se desarrolla la actividad de vigilancia, sin que el hecho de que los elementos necesarios para el desarrollo de la actividad no sean propiedad de la empresa cedente pudieran automáticamente excluir la aplicación de la norma comunitaria, siendo aquello que deberá tomarse en consideración “únicamente el equipamiento que se utilice en realidad para prestar los servicios de vigilancia, excluidas las instalaciones objeto de tales servicios para acreditar la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva...”.

Por todo ello, concluye el TJUE, sí entraría en el ámbito de la Directiva un supuesto como el contemplado en el litigio, en el que el comitente ha resuelto un contrato de prestación de servicios y después lo ha formalizado con otra, siendo así que esta segunda se niega a integrar en su plantilla a los trabajadores de la primera “a pesar de (haber) recibido el equipo indispensable para realizar dicha prestación”.

F) Tras haber dado respuesta a las dos primeras cuestiones prejudiciales, el TJUE aborda la conformidad a la normativa comunitaria de una cláusula tan tajante y contundente como la del convenio colectivo aplicable. Trayendo a colación su jurisprudencia anterior, acepta que la pérdida de una contrata, porque esta es adjudicada a otra empresa, “no revela por sí sola la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad en el sentido de la Directiva...”, si bien, y este es el argumento que

me interesa destacar de la sentencia, una cláusula totalmente excluyente, como es la recogida en el convenio, no se adecúa a las finalidades y objetivos perseguidos por la Directiva, en cuanto que no permite tomar en consideración, tal como ha reconocido la jurisprudencia del TJUE, “todas las circunstancias de hecho que caracterizan la situación de que se trata”.

Más allá de las circunstancias del caso concreto, también aquí encontramos un contenido de claro interés doctrinal, en cuanto que queda claro que las normas convencionales pueden vulnerar la normativa comunitaria y ser objeto de atención por los tribunales nacionales para demandar al TJUE una interpretación del precepto acorde a la normativa comunitaria cuando ello sea posible, o bien como ocurre en el presente caso una declaración de oposición a aquella y que por tanto no puede ser de aplicación.

ANEXO II. Cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia (30 de diciembre de 2016) y conclusiones de la abogado general de 20 de diciembre de 2017.

¿Se aplica el art. 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE, cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución del servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo de trabajo del sector de seguridad?

En caso de respuesta afirmativa... si la legislación del Estado miembro dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto en aplicación del art. 3.1... que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme con el citado art. 3.1... una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de la mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión?
