

Internalización de servicios y adaptación de las condiciones de trabajo del personal subrogado¹

Raquel Serrano Olivares

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de Barcelona*

1. Introducción. 2. Internalización del servicio y transmisión de empresa. 2.1. El supuesto de hecho de la transmisión de empresa. 2.1.1. El cambio de titularidad. 2.1.2. El objeto mínimo de la transmisión: el concepto de “entidad económica”. a) La “sucesión de plantilla” como entidad económica. b) Sucesión de plantilla, sucesión convencional y sucesión contractual. 2.2. Transmisión de empresa y sector público. 3. Los efectos jurídicos de la transmisión de empresa: problemática derivada del carácter público del ente que asume la internalización del servicio. 3.1. La continuidad de las relaciones laborales. 3.1.1. La integración del personal subrogado en la entidad pública que internaliza el servicio. 3.1.2. Alcance de la garantía de continuidad del empleo en los supuestos de trabajadores con contratos temporales para obra o servicio determinado. 3.2. El mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo de origen. 3.2.1. El mantenimiento provisional del convenio colectivo de origen. a) Expiración del convenio de origen. b) Entrada en vigor de un convenio colectivo nuevo aplicable a la unidad transmitida. c) Pacto en contrario. c.1) Sujetos legitimados para negociar el pacto en contrario y momento temporal del pacto. c.2) ¿Cabe un pacto en contrario “in peius”? c.3) Virtualidad el pacto en contrario en los supuestos de personal subrogado del sector público. 3.2.2. El mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo (condiciones más beneficiosas) derivadas de un acuerdo colectivo extraestatutario o de una decisión empresarial unilateral de efectos colectivos o individuales. 3.2.3. Especial mención al mantenimiento de los compromisos por pensiones. 4. Conclusiones.

1. Introducción

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, los servicios públicos de titularidad municipal pueden gestionarse de forma directa (mediante gestión por la propia entidad local, organismo autónomo local o sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local), o bien de forma indirecta (mediante concesión, gestión interesada, concierto o sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social sólo pertenezca parcialmente a la entidad local)².

¹ Versión provisional de la ponencia pronunciada el 15 de noviembre de 2017 en el *Seminari sobre Relacions Col·lectives*, organizado en Barcelona por la Federació de Municipis de Catalunya (texto en proceso de revisión).

² En este sentido, J.M^a. GIMENO FELIU, “La remunicipalización de Servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017, ISSN: 1696-0955, pàg. 53.

En este contexto el concepto de “remunicipalización” puede resultar engañoso ya que asumir la gestión directa de un servicio previamente gestionado de forma indirecta, no supone remunicipalizar nada: no se recupera la titularidad de un servicio que antes se hubiera liberalizado, sino que simplemente se incide en la forma de gestión de un servicio que ya era público³.

Así pues, recuperar la gestión directa de un servicio municipal no comporta ampliar el ámbito de los servicios públicos – remunicipalizar – sino simplemente internalizar la forma de prestar un servicio que ya era de titularidad pública.

Aunque los conceptos de “internalización” y de “remunicipalización” de servicios públicos locales no son sinónimos y han de ser, por tanto, oportunamente diferenciados desde una perspectiva de Derecho Administrativo, lo cierto es que se trata de dos fenómenos que plantean una misma problemática desde la perspectiva del Derecho del trabajo: cómo afecta la recuperación de la gestión directa del servicio por parte de la entidad local al personal que venía prestando servicios para la empresa concesionaria en régimen estrictamente laboral.

Más allá de la cuestión relativa a la aplicación en tales casos de la figura laboral de la transmisión de empresa, pretendemos responder en particular a la cuestión de si el paso de un sistema privado a un sistema público de regulación permitiría la inaplicación de aquellas reglas privadas que se opongan radicalmente a la regulación pública y, en su caso, cuál sería el alcance de esta adaptación o inaplicación, tratando de conjugar aquí los diversos intereses en conflicto.

2. Internalización del servicio y transmisión de empresa

De conformidad con el artículo 1 c) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, la norma comunitaria “será aplicable tanto a empresas públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso en el sentido de la presente Directiva”.

De lo expuesto se deriva que el término “empresas” está empleado en un sentido amplio que incluye a cualquier persona física o jurídica que desarrolle una actividad económica, esto es, que participe en la vida económica de un país, con independencia de que persiga o no la obtención de beneficios, de donde resulta que la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas queda excluida del ámbito aplicativo de la Directiva, por cuanto que se trata de situaciones que no presentan una dimensión económica, en el sentido de que no son susceptibles de participación en la vida económica o sólo con

³ TORNOS MAS, J., “La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017, ISSN: 1696-0955, pàg. 24.

carácter accesorio, ya que implican ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

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

Consiguientemente, la circunstancia de que el servicio transmitido haya sido concedido por un organismo de Derecho público o el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público no puede excluir la aplicación de la Directiva cuando la actividad de referencia no es propia del ejercicio del poder público. En nuestro derecho interno, no se ha recogido expresamente la exclusión establecida en el artículo 1 c) de la Directiva, de suerte que podría suscitarse la duda de si en los casos de reorganización administrativa y de traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas resulta o no imperativa la aplicación del art.44 TRLET. Con todo, a falta de expresa transposición a nivel interno, lo lógico es considerar que el citado precepto legal resulta de aplicación a todo tipo de transmisiones, sin distinción, como, de hecho, ha venido entendiendo nuestra jurisprudencia.

La posible aplicación de la figura laboral de la transmisión de empresa a la plantilla afectada por un supuesto de recuperación de la gestión directa de un servicio por parte de un ente público local resulta una cuestión pacífica a nivel doctrinal y jurisprudencial, siendo muy numerosos los pronunciamientos judiciales tanto del orden social⁴ como contencioso-administrativo en los que se viene asumiendo tal punto de partida, sin duda por efecto de una consolidada jurisprudencia comunitaria que no ha excluido la aplicación de la Directiva 2001/23/CE a los supuestos de traspaso de una actividad económica de una persona jurídica de derecho privado a una persona jurídica de derecho público (internalización de servicios)⁵.

⁴ Por todas, STS de 19 de septiembre de 2017, RUD núm. 2612/2016 (asunto MINISTERIO DE DEFENSA).

⁵ La sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011 (asunto CLECE C-463/09) ha venido a reiterar, en línea con una consolidada doctrina jurisprudencial, que no puede excluirse que la Directiva 2001/23 se aplique a un supuesto en que un ayuntamiento decide unilateralmente poner fin al contrato que lo vinculaba a una empresa privada y hacerse cargo directamente de las actividades de limpieza que había encargado a ésta.

En un caso de reversión a una empresa pública del servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal, el TJUE vuelve a reiterar la aplicabilidad de la Directiva 2001/23 (STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto AIRA PASCUAL, C-509/14).

Más recientemente, en un supuesto de cambio de empresa concesionaria en la gestión de un servicio de titularidad pública, véase STJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto SECURITAS C-200/16).

Mayor debate ha planteado la cuestión relativa a la determinación de los efectos jurídicos anudados a una transmisión de empresa en los supuestos que analizamos – subrogación empresarial y mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo del personal subrogado -.

En todo caso, y antes de entrar a analizar el alcance práctico de la subrogación, interesa repasar – siquiera brevemente - los requisitos exigidos por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para que se produzca una transmisión de empresa.

2.1. El supuesto de hecho de la transmisión de empresa

Hay que empezar señalando que son dos los elementos que integran el supuesto de hecho de la transmisión de empresa, cuya concurrencia desencadena la aplicación de los efectos jurídico-laborales previstos en la Directiva 23/2001 y en el citado art.44 TRLET: a) el cambio de titularidad y b) la transmisión de una entidad económica, en cuanto objeto mínimo de la transmisión.

2.1.1. El cambio de titularidad

Por lo que se refiere al elemento del “cambio de titularidad”, hay que indicar que tanto la jurisprudencia comunitaria como la nacional han propiciado una interpretación muy amplia de lo que debe entenderse por cambio de titularidad, admitiendo cualquier acto o hecho, *inter vivos* o *mortis causa*, que, en la práctica, determine el traspaso de una entidad económica, resultando irrelevante a tales efectos que el cambio de titularidad de la entidad económica sea o no voluntario, sin que tampoco se exija la existencia de una relación de tracto directo entre empresario cedente y cesionario ni la transmisión de la propiedad, aplicándose el régimen jurídico de la transmisión a todos los supuestos de cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que, por cualquier título, contrae las obligaciones de empresario.

Interesa referirse en este punto a la sentencia del TJUE, de 26 de noviembre de 2016 (asunto AIRA PASCUAL), donde el Tribunal europeo viene a establecer que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE 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. En tal caso, la circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata hayan pertenecido siempre a la entidad contratante -

En la misma línea se sitúa la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 19 de septiembre de 2017, RUD núm. 2612/2016 (asunto MINISTERIO DE DEFENSA).

empresa pública – no resulta relevante, por cuanto que la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23⁶.

2.1.2. El objeto mínimo de la transmisión: el concepto de “entidad económica”

Respecto al segundo elemento referenciado, contamos con una abundante y consolidada jurisprudencia comunitaria sobre el objeto mínimo de la transmisión, que ha sido necesariamente tomada en consideración por las jurisdicciones nacionales.

El TJUE ha construido una noción autónoma del objeto de la transmisión tendente a simplificar la tarea aplicativa/interpretativa de la norma comunitaria, dada la disparidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del concepto de “empresa” y de otros que aluden a realidades socio-económicas de nivel inferior (“unidad productiva autónoma”). De este modo, la “entidad económica” consiste en un conjunto organizado de elementos (materiales, inmateriales y personales) que presenta una mínima autonomía funcional o aptitud productiva, con independencia de que se trate de una actividad accesoria o principal de la empresa.

En cuanto al requisito de que la entidad económica “conservase su identidad”, cabe indicar que la identidad viene dada por el fin productivo o utilidad económica de la entidad de que se trata, de suerte que sólo la afectación de ese conjunto de elementos materiales, inmateriales y personales dotado de autonomía productiva a la prosecución de la misma actividad económica u otra análoga puede determinar la aplicación del mecanismo subrogatorio, en la medida en que se conservan las mismas o similares posibilidades de empleo para los trabajadores/as.

Interesa puntualizar, asimismo, que para que se cumpla el criterio de la transmisión de los principales elementos materiales de explotación no se requiere que la nueva adjudicataria utilice los elementos de explotación en el marco de una facultad de disposición propia y de acuerdo con cálculos de costes propios, a fin de obtener una ventaja económica adicional. Basta con que la nueva empresa adjudicataria utilice tales elementos, con independencia de que ésta lo haga en ejercicio de sus propias facultades de disposición o de acuerdo con las instrucciones del organismo adjudicador.

Con todo, habida cuenta de la proliferación de los fenómenos de contrata y subcontrata de obras y servicios, una de las cuestiones más problemáticas que se han planteado en la práctica es la relativa a si es posible la aplicación de la Directiva 2001/23/CE, así como del artículo 44 TRLET, a los supuestos de sucesión de contratistas o concesionarias en una misma contrata o concesión, incluidos los casos de reversión de la gestión de servicios públicos.

⁶ En el mismo sentido, véase la reciente STJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto SECURITAS C-200/16).

Al respecto debe señalarse que, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria y española, la “empresa” a efectos de la aplicación de tales normas, se define como el conjunto de elementos de variada condición y naturaleza que, debidamente organizados, posee como finalidad la explotación de una actividad económica (empresa-organización). Se excluye, así, de entrada, la noción de empresa como actividad del empresario, que puede ser objeto de transmisión (empresa-actividad). Es por ello que la sucesión de contratistas o de concesionarios en la mera actividad objeto de la contrata o concesión no integra sin más el supuesto de hecho de las normas citadas.

Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria evolucionó tempranamente hacia una concepción flexible o funcional de empresa. En efecto, el TJUE, aun rechazando que la mera circunstancia de que se prosiga idéntica o similar actividad sea suficiente para la aplicación de la Directiva, acoge una noción funcional del objeto de la transmisión, cuya apreciación debe modularse en atención al tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. Resulta así que la falta de transmisión de elementos del activo no excluye necesariamente y en todos los casos la aplicación de la Directiva, debiendo tenerse en cuenta el tipo de actividad ejercida, pues, desde el punto de vista de sus elementos organizativos claves, no es lo mismo una empresa industrial que una empresa de servicios.

De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate. Así, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos del activo material o inmaterial, la existencia o inexistencia de transmisión no puede depender, por definición, de la cesión de tales elementos.

Por consiguiente, el objeto mínimo de la transmisión se define en la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 20 de noviembre de 2003, C- 340/01, asunto ABLER) como la entidad económica que conserva su identidad, ofreciéndose una lista no exhaustiva de los elementos de apreciación de la concurrencia de tales requisitos, que pueden agruparse en cinco categorías: a) el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate; b) la transmisión de elementos corporales; c) la transmisión de elementos incorporeales; d) el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores; y d) la continuidad de la actividad.

a) La “sucesión de plantilla” como entidad económica

Por lo que se refiere en particular al elemento de la transferencia de personal o, en otros términos, al hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores/as de la empresa saliente, conviene señalar que dicho elemento aparece tempranamente citado como criterio a tomar en consideración a la hora de valorar la existencia de una entidad económica en el asunto Spijkers⁷. Sin embargo, es lo cierto que

⁷ STJCE de 18 de marzo de 1986 (asunto 24/85).

hasta el asunto Süzen⁸ tal elemento no se había llegado a aplicar a un supuesto de sucesión de contratistas en la misma actividad en cuanto elemento determinante para valorar la existencia de una transmisión. En el citado caso, el Tribunal europeo va a señalar que la Directiva no se aplica a una situación de sucesión de contratistas en el servicio de limpieza de unas instalaciones si la operación no va acompañada de una cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial “ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata”.

Con tal planteamiento, el TJUE limita el margen de apreciación de los jueces y tribunales nacionales a la hora de valorar la concurrencia de una transmisión de empresa en los supuestos de empresas de servicios al concebir el elemento del traspaso de plantilla como un elemento particularmente relevante en esa tarea de interpretación. Consiguientemente, en aquellos sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, entre otras circunstancias fácticas, deberá tomarse en consideración el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, ya que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica.

b) Sucesión de plantilla, sucesión convencional y sucesión contractual

Con todo, inicialmente esa doctrina se construye sobre la base de supuestos de hecho en los que la asunción de personal por el nuevo contratista o empresario entrante se lleva a cabo de forma voluntaria (asunto Sánchez Hidalgo), o bien en los que el nuevo contratista no asume personal del anterior, sin estar obligado a ello por convenio o pacto colectivo alguno (asuntos Süzen o Hernández Vidal), de suerte que tal doctrina planteaba la duda de si también cabía otorgar relevancia al elemento del traspaso de personal en los supuestos en que la asunción de plantilla venía impuesta por el convenio colectivo aplicable al nuevo contratista o empresario entrante o, en su caso, por el pliego de condiciones administrativo. Dicho de otro modo, restaba por resolver si la sucesión de plantilla podía o no derivarse de una sucesión convencional o de una sucesión contractual – pliego administrativo -.

Las dudas suscitadas parecieron quedar resueltas con la STJCE de 24 de enero de 2002 (asunto Temco), en la medida en que el Tribunal de Justicia concluyó que resultaba aplicable la Directiva en el caso de una asunción de plantilla por el nuevo concesionario en virtud de un convenio colectivo de trabajo, siempre que el mantenimiento del personal viniera referido a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato. Esta doctrina conllevaba un efecto jurídico de enorme repercusión en nuestro derecho interno, por cuanto que suponía que no procedía distinguir ya entre subrogación legal y subrogación convencional, debiéndose aplicar en ambos casos la Directiva, y, por tanto, el régimen legal previsto en materia de transmisión de empresa. Sin embargo, como abordaremos a continuación, el Tribunal Supremo español hizo una recepción incompleta de la doctrina

⁸ STJCE de 11 de marzo de 1997 (asunto 13795).

jurisprudencial comunitaria, limitando la potencialidad de sus efectos en el Derecho interno español.

Ciertamente, habida cuenta de la evolución de la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo español se vio en la necesidad de atender al elemento de la sucesión de plantillas, esto es, al hecho de si el nuevo concesionario se hace o no cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata o concesión. Así lo hizo en su sentencia de 20 de octubre de 2004, tras numerosos pronunciamientos previos sobre el mismo supuesto de hecho en los que se había obviado el elemento de que se trata. No obstante, tras reconocer que la jurisprudencia del TJUE vincula a los órganos judiciales españoles, el Alto Tribunal va a poner de manifiesto abiertamente sus reservas sobre el criterio de la sucesión de plantillas en un supuesto de sucesión de contratistas en el que se impone la continuidad de las relaciones de trabajo a través del pliego administrativo de condiciones.

La principal preocupación del Tribunal Supremo era la de evitar que, en los casos de subrogación pactada convencionalmente o impuesta a través del pliego de condiciones administrativo, la imperativa asunción por el nuevo contratista de la plantilla del anterior se considerase como una transmisión *ex art.44 TRLET*, y, por tanto, que se excluyese la aplicación del régimen jurídico *ad hoc* previsto en el convenio o pliego de condiciones administrativo a favor del más riguroso régimen legal que *«no implica sólo el mantenimiento de los contratos, sino la conservación de su contenido contractual y, sobre todo, la aplicación de un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social»*. Con ello el Alto Tribunal alertaba del muy probable efecto de *«desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger»*.

La segunda dificultad de la doctrina de la sucesión de plantillas apuntada por el Tribunal Supremo se relacionaba con la cesión de los contratos y con las garantías de los trabajadores frente a descentralizaciones productivas estratégicas. Así, se indicaba que: *«la subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo. Esta garantía se invierte cuando, sin que exista ese soporte objetivo de la transmisión del establecimiento empresarial o de los «intangibles» que hacen posible su actividad, se sostiene que basta un acuerdo entre empresarios, transfiriendo de uno a otro a los trabajadores, para que los contratos de trabajo suscritos con el primero se transmitan al segundo. De acuerdo con la teoría general de las obligaciones, este cambio no es posible sin el consentimiento del trabajador, pues en la relación laboral empresario y trabajador son a la vez deudor y acreedor de salario y de trabajo, y el cambio de empresario (deudor de salario) sólo puede realizarse con el consentimiento del trabajador (acreedor de salario y de las restantes prestaciones a cargo del empresario), como dice claramente el artículo 1205 del Código Civil»*.

El Tribunal Supremo va a conclure que, en el supòsit de que se tracta – subrogació imposada per el plec administratiu de condicions –, no es pot aplicar el criteri de la successió en la plantilla, ja que «*lo que ha habido es una decisió de la empresa demandada Iberia de transferir parte de su plantilla a otra empresa, fundándose en el plec de condiciones de una concesión administrativa. Ahora bien, la decisió de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisió unilateral de una parte, que, como es conocido, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores y que ha dado lugar incluso a conflictos colectivos*».

Tal conclusió elevó la “voluntarietat en la asunció de plantilla per part de la empresa entrante”, así como el “caràcter pacífic de la successió de plantilla per part de los treballadors afectats” a elements decisoris de la existència de una transmissió de empresa, reinterpretando, así, el criteri de la “successió de plantilla”. No obstant, esta línia interpretativa parecia tenir un difícil encaje en el marc de la jurisprudència comunitaria, puesto que en el citat cas Temco, el TJCE ya había admitido – al menos implícitamente - que la asunció de personal per el empresari entrante no fuera voluntaria sino que pudiera venir imposada per un conveni col·lectiu, siendo entonces obligatoria para el nuevo empresari, sin perjuicio de que los trabajadores afectados pudieran negarse a la cesión de sus contratos de trabajo con las consecuencias previstas en la legislación nacional que resultara aplicable.

Con todo, la línia jurisprudencial iniciada en el año 2004 se ha visto consolidada en posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, donde se han venido a perfilar con más detalle los contornos del criteri de la “successió de plantilla”⁹, exigiendo que la

⁹ Así sucede en el supòsit resuelto por la STS de 8 de julio de 2014, donde se estima la aplicaci3n del artículo 44 ET a un supòsit de successió de plantilla donde la asunci3n de personal de la empresa saliente no se derivó de obligaci3n convencional alguna sino de una decisi3n voluntaria de la nueva contratista quien, previa selecci3n de los candidatos/as que más le convinieron, contrató con igual categoría profesional a la gran mayoría del personal que prestaba servicios a la anterior empresa (más del 70%), sin reconocerles antigüedad alguna y abonándoles un salario inferior al que cobraban, al ser inferiores las retribuciones que para la misma categoría profesional establecía el convenio col·lectivo de esta empresa.

El Tribunal Supremo argumenta que la nueva empleadora, aparte de algún trabajador propio, no aportó elementos materiales que fuesen necesarios para el desarrollo de la actividad, lo que evidencia que lo esencial para los “servicios auxiliares” que presta es la cualificaci3n y experiencia profesional de los trabajadores que emplea y no la aportaci3n de elementos materiales necesarios para la producci3n, máxime cuando tal aportaci3n no consta.

Además, el Alto Tribunal aña de otra precisi3n de indudable interés práctico como es el ámbito de cómputo del criteri de la asunci3n de la mayoría de la plantilla. En el supòsit analizado se trataba de una contrata de servicios auxiliares que afectaba a los 71 centros de trabajo de la empresa principal repartidos por todo el territorio nacional. El litigio se plantea por part de un trabajador que prestaba servicios en uno de los centros de trabajo – Madrid – ante la negativa de la nueva contratista a continuar con sus servicios. El Tribunal concluye que en los supòsitos de successió de plantillas las obligaciones que impone el artículo 44 ET operan

asunción de plantilla fuera voluntaria, pacífica y afectara a una parte esencial de la plantilla, en términos de número y competencias, descartando, por tanto, que puedan considerarse subsumibles en la figura de la sucesión de plantillas los supuestos de sucesión convencional y de sucesión contractual (pliego administrativo de condiciones).

Ciertamente, la doctrina jurisprudencial ha sido constante en señalar que, cuando no se dan los requisitos legalmente previstos, la subrogación puede producirse por mandato del convenio colectivo y para estos supuestos no se aplica el régimen previsto en la ley, sino el previsto en el convenio con sus requisitos y consecuencias; la subrogación sólo se producirá si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que allí se dispongan. Y ello porque no estamos ante el supuesto regulado en el artículo 44 ET, pues ni se ha producido una transmisión de activos materiales ni tampoco una "sucesión de plantillas", por lo que la única vía por la que, en su caso, procedería imponer la subrogación a la empresa entrante, respecto a los trabajadores de la saliente, sería la establecida en el convenio colectivo aplicable y con los requisitos y límites que el mismo establece.

En esta línea se sitúa la reciente sentencia de 7 de abril de 2016 (asunto EULEN SEGURIDAD)¹⁰, dictada en un supuesto de sucesión convencional, donde el Tribunal Supremo sostiene ya de forma expresa que, para que exista una sucesión de plantilla, es preciso que la empresa entrante asuma *voluntariamente* – por su decisión o conveniencia - a una parte esencial de la plantilla de la anterior contratista o concesionaria, y que la actividad descansa esencialmente en el factor humano. Circunstancia que no se da cuando la asunción de plantilla viene impuesta por el convenio colectivo aplicable a las empresas entrante y saliente. En base a tal argumentación el Tribunal viene a descartar la aplicación al caso de la responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente por deudas laborales y de seguridad social anteriores a la sucesión, en la medida en que, descartada la existencia de transmisión de empresa ex art. 44 ET y de sucesión de plantillas, tal efecto queda expresamente excluido por el convenio colectivo aplicable.

El interés de este pronunciamiento judicial radica fundamentalmente en el hecho de que el Alto Tribunal viene a sostener que no constituye óbice alguno para la expresada conclusión la doctrina del TJCE dictada en el caso Temco, apoyándose en el argumento de que la sentencia comunitaria se refiere a los efectos derivados directamente de la Directiva – continuidad de los contratos de trabajo - y no a los efectos singulares previstos en el artículo 44 ET – responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente por deudas laborales y de seguridad social anteriores a la transmisión -.

Cierto es que el caso Temco aparece referido a un supuesto donde se plantea la continuidad de los contratos de trabajo en el marco de una asunción de plantilla impuesta

en el ámbito en que esta sucesión tenga lugar, esto es, a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

¹⁰ Por todas, véase la STS de 7 de abril de 2016, RUD núm. 2269/2904, asunto EULEN SEGURIDAD, S.A.

por convenio colectivo, y no así la cuestión de la posible responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente, sin embargo, no es menos cierto que en el considerando núm. 27 de la sentencia europea, el Tribunal establece que, si bien Temco – empresa entrante - sostuvo en la vista que un convenio colectivo sectorial le obligaba a hacerse cargo de una parte del personal de GMC – empresa saliente -, dicha circunstancia, en todo caso, *carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica*. Dicho de otro modo, la sucesión de plantilla se dará cuando se produzca la transmisión de una entidad económica – parte esencial de la plantilla -, con independencia del origen voluntario o no de dicha transmisión o asunción de plantilla.

Con todo, lejos de considerarse zanjada, la cuestión relativa a si la sucesión de plantillas puede derivarse de una obligación de subrogación impuesta por un convenio colectivo y si la sucesión convencional puede o no regirse por sus propias reglas, ha sido sometida a la consideración del TJUE mediante la petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el 6 de febrero de 2017, en el asunto Ángel Somoza Herme e Ilunión Seguridad S.A. / Esabe Vigilancia S.A. y Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) (Asunto C-60/17).

En concreto, la primera cuestión prejudicial plantea la aplicación de la Directiva 2001/23/CE en un supuesto en que 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 de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se hace por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo de trabajo del sector de seguridad. La segunda cuestión, en caso de respuesta afirmativa a la primera, parte de considerar que la legislación española dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto, en aplicación del artículo 3.1 de la misma, 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 de trabajo existentes en la fecha del traspaso. Teniendo en cuenta lo anterior, se pregunta si es conforme con el citado artículo 3.1 de la Directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuanto la asunción de 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 en su texto esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión.

Mucho me temo que, con base en la doctrina vertida en el caso Temco, el TJUE volverá a concluir que, en las actividades basadas fundamentalmente en la mano de obra, la asunción de plantilla por imperativo de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable supone la transmisión de una entidad económica y entraña, por tanto, un supuesto de sucesión de plantilla. Más novedosa y trascendental resultará la respuesta a la segunda cuestión donde, por primera vez, el TJUE deberá pronunciarse sobre el régimen jurídico

aplicable a la sucesión convencional. En buena lógica, si el carácter obligatorio del convenio no obsta a la consideración de la subrogación convencional como un supuesto de sucesión de plantilla, procedería en tales casos la aplicación del entero régimen jurídico previsto para la transmisión de empresa ex artículo 44 ET, de modo que el convenio colectivo, en virtud del principio de jerarquía normativa, no podría excluir los efectos jurídicos allí previstos, y, significativamente, la responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente. Conclusión que supondría enmendar la plana a nuestro Tribunal Supremo y acarrearía la ilegalidad – nulidad parcial - de buena parte de las cláusulas subrogatorias previstas en numerosos convenios colectivos de sectores de actividad basados fundamentalmente en la mano de obra.

Por lo pronto, y a la espera de que se resuelvan las cuestiones prejudiciales antes expuestas, el TJUE ya ha tenido ocasión de poner freno al ámbito de disposición del convenio colectivo en su reciente sentencia de 19 de octubre de 2017 (asunto SECURITAS) concluyendo que, si bien la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no revela, por sí sola, la existencia de una transmisión de empresa, sin embargo, un convenio colectivo que excluye con carácter general de ese concepto la pérdida de un cliente por parte de un operador debida a la adjudicación del servicio a otro operador no permite que se tomen en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la situación de que se trata y, por tanto, dicha norma nacional se opone a la Directiva 2001/23/CE.

2.2. Transmisión de empresa y sector público

De forma resumida, y a la luz de todo lo expuesto, cabría distinguir dos grandes supuestos de reversión o internalización de servicios públicos susceptibles de integrar un supuesto de transmisión de empresa:

- a) Internalización de un servicio público basado en una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra cuando la entidad pública asuma una parte esencial de la plantilla de la empresa saliente, en términos de número y competencias (sucesión de plantilla); o bien,
- b) Internalización de un servicio público basado en una actividad que requiera para su desarrollo fundamentalmente activos materiales, inmateriales, incluyendo la clientela, cuando la reasunción de la actividad por parte de la Administración vaya acompañada de la transmisión de tales elementos, sin que resulte relevante a tales efectos que dicha infraestructura no perteneciera a la empresa antecesora, sino que simplemente hubiera sido puesta a disposición inicialmente por la propia entidad pública contratante.

Sin embargo, resta por determinar hasta qué punto la Administración pública que pasa a prestar de forma directa el servicio público vendría obligada a asumir a la plantilla de la empresa saliente en los supuestos de internalización de un servicio público basado en una

actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra. Dicho de otro modo: ¿puede resultar obligada una administración pública local por un convenio colectivo sectorial, que regula las relaciones entre las empresas de servicios y sus trabajadores, y que impone una cláusula de subrogación de personal en casos de cambio de concesionario?; ¿puede el órgano de contratación imponer mediante el pliego administrativo de condiciones la subrogación de personal en casos de cambio de concesionario, incluidos los supuestos de recuperación del servicio por parte de la administración pública local?.

Respecto a la primera cuestión, la jurisprudencia social más reciente excluye la posibilidad de aplicar a una entidad pública el convenio sectorial que venía regulando las relaciones entre la empresa saliente y sus trabajadores, por cuanto que el convenio colectivo no puede en su contenido normativo establecer condiciones de trabajo – subrogación de plantilla – que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación; ámbito en el que sólo pueden estar comprendidos quienes estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio, debiéndose destacar a este respecto que las Administraciones Públicas no pueden formar parte de una organización empresarial, de modo que parece lógico considerar que no resulta posible aplicarles un convenio sectorial que no han podido negociar y que no les representa. Además, en los supuestos de internalización de servicios públicos, cuando una entidad local asume directamente la ejecución del servicio público, no actúa como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior¹¹.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es preciso referirse a la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que deroga el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre. Aunque la nueva Ley entrará en vigor el 9 de marzo de 2018, entendemos que la cuestión relativa a la delimitación del ámbito de actuación del pliego de cláusulas administrativas en materia de subrogación de personal debe abordarse ya tomando como referencia el nuevo texto legal.

Así, pese a que el artículo 122.2 de la LCSP admite que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se puedan incluir como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución consideraciones laborales, lo que podría llevarnos a interpretar que, de entrada, cabría la imposición de obligaciones de subrogación de plantilla, es lo cierto que tal precepto legal debe cohererse con lo dispuesto en el artículo 130.1 del mismo cuerpo legal, donde claramente se establece que *“cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones*

¹¹ SSTs de 21 de abril de 2015 (rec. núm. 91/2014) y de 26 de julio de 2012 (RUD núm. 3627/2011).

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”.

De lo expuesto se deriva sin dificultad que el órgano de contratación sólo puede imponer la subrogación de plantilla 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. En particular, abundando en esta interpretación, el artículo 130.3 de la LCSP expresamente indica 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.*

En conclusión, el órgano de contratación no podrá imponer la subrogación de plantilla al margen de los supuestos de subrogación legal o convencional, excluyéndose asimismo la asunción voluntaria de plantilla por parte de la Administración pública.

A propósito de los supuestos de internalización de servicios públicos, añade el citado artículo 130.6 LCSP una nueva previsión que, en mi opinión, puede llegar a entrar en contradicción con la jurisprudencia comunitaria si se confirma, en una próxima sentencia del TJUE, que el convenio colectivo no es soberano para excluir los efectos jurídicos de la transmisión de empresa previstos en el artículo 44 TRLET cuando se trata de una asunción de plantilla impuesta por el propio convenio. Así, el citado precepto legal establece que *“sin perjuicio de la aplicación, en su 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”.*

La exclusión de la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente previsto en el artículo 44 TRLET debe interpretarse a la luz de la lógica interpretativa imperante en materia de sucesión convencional en nuestra jurisprudencia: la sucesión convencional debe distinguirse de la sucesión legal, pudiendo aquélla reducir el alcance de las garantías previstas en el artículo 44 TRLET y, en particular, excluir la aplicación de la responsabilidad solidaria de que se trata. Consiguientemente, en línea con tal doctrina jurisprudencial, el artículo 130.6 LCSP excluye la responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente por las deudas laborales y de seguridad social anteriores a la transmisión; exclusión que sólo aplica a los supuestos de sucesión convencional y, por ende, a los supuestos en que el pliego administrativo impone tal subrogación como consecuencia de obligaciones derivadas de convenio o acuerdo colectivo, quedando

incólumes los supuestos de transmisión legal donde sigue operando el entero régimen jurídico previsto en el artículo 44 ET, incluida la responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente (*“sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del TRLET...”*).

Como se ha tratado de exponer en el anterior epígrafe, la arquitectura argumental sobre la que se asienta la distinción entre subrogación legal y subrogación convencional se basa en una consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sin embargo, la nueva petición prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de la que se ha dado cuenta líneas atrás, de ser estimada positivamente por el TJUE, puede hacer colapsar esa doctrina jurisprudencial y, de paso, arrastrar consigo la nueva previsión del artículo 130.6 LCSP.

3. Los efectos jurídicos de la transmisión de empresa: problemática derivada del carácter público del ente que asume la internalización del servicio

De conformidad con la Directiva 2001/23/CE, los principales efectos jurídicos derivados de una transmisión de empresa son dos. Por un lado, la continuidad de las relaciones laborales de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad y, de otro, el mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo de que venían disfrutando aquéllos. Ambos efectos se inscriben en la propia idea de “subrogación” empresarial, que viene a constituir la principal consecuencia jurídica asociada a los cambios de titularidad de una entidad económica.

Junto a ello, la Directiva comunitaria prevé otro efecto jurídico adicional, que sólo aplicará en la medida en que así lo dispongan los legisladores nacionales en su normativa de transposición: la responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente por las deudas laborales y de seguridad social anteriores a la transmisión¹². Previsión que ha sido

¹² La previsión legal del art. 44.3º ET va mucho más allá de limitar la responsabilidad solidaria de ambas empresas a las deudas con sus trabajadores que pudiese tener pendiente de pago la anterior empresa. La expresión que utiliza el legislador no se restringe simplemente a las obligaciones pecuniarias que no hubieren sido satisfechas por la empresa cedente- deudas por salario o indemnizaciones-, sino que abarca todas *“las obligaciones laborales nacidas con anterioridad”*, entre las que sin duda se encuentran las que puedan derivarse de un despido disciplinario anterior.

Cuando la sentencia referencial razona que no puede *“ confundirse la obligación de asumir las deudas de la empresa saliente con la subrogación en las consecuencias del despido mismo, que no implica solo efectos económicos si se declara su improcedencia”*, está olvidando que el precepto impone dicha responsabilidad en todo tipo de obligaciones laborales y cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Y entre tales obligaciones laborales están incluidas todas las derivadas de la eventual declaración de improcedencia o nulidad de un despido anterior a la sucesión y que no hubieren sido satisfechas.

Bien es verdad, que al ser tan dilatado el periodo legal de tres años al que se extiende esa responsabilidad solidaria, tales obligaciones laborales dimanantes del despido van a quedar de ordinario circunscritas exclusivamente a las deudas por salario o indemnizaciones, cuando ya se hubieren agotado las posibilidades de

acogida en nuestro derecho interno, a través del artículo 44 TRLET, y cuya aplicabilidad al sector público ya ha sido objeto de comentario en el apartado anterior.

Interesa subrayar que la subrogación del nuevo empresario en todos los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior significa que se mantienen los derechos y obligaciones ya generados y que continúan las relaciones de trabajo existentes al tiempo de la transmisión, incluyéndose de forma expresa dentro del efecto subrogatorio los compromisos de pensiones y cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

El artículo 44 TRLET opta por una alternativa notablemente más amplia que la propia normativa comunitaria, en tanto que no sólo se limita a otorgar continuidad respecto a lo que genéricamente denomina “compromisos por pensiones” cuyo epicentro viene dado, sin duda, por lo contemplado en la normativa sobre Planes y Fondos de Pensiones, sino que, además, teniendo en cuenta el sentido más limitado que esta expresión tiene respecto a la de “Seguridad Social” o “protección social complementaria” acoge a esta última en su sentido más amplio, al incluir todo tipo de “mejoras voluntarias”.

Dejando a un lado las mejoras voluntarias de la Seguridad Social más “coyunturales”, como puedan ser las relacionadas con la incapacidad temporal, lo cierto es que la subrogación en materia de prestaciones de más largo plazo, como puedan ser las pensiones, plantea un nivel de complejidad mucho más acentuado. En efecto, teniendo en cuenta que en el precepto no se distingue según la fuente origen de tales obligaciones en materia de protección social complementaria, el mantenimiento de los derechos relacionados con este ámbito de pensiones ha de armonizarse con dos datos: el que la fuente de regulación originaria es, en principio y por regla general, un instrumento tan susceptible de variación como es el convenio colectivo y el que, además, tales convenios colectivos cuentan con una vigencia limitada para los trabajadores afectados por la cesión.

En todo caso, si la protección social complementaria se ha articulado mediante un plan de pensiones, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 5.4 f) del Texto Refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por cuanto que señala que, salvo acuerdo en

rehabilitar la relación laboral en un despido declarado improcedente o nulo, por haber precluido los plazos hábiles para instar u optar por una eventual readmisión que pudiese mantener en vigor el contrato de trabajo.

Pero no es esa la única situación que puede llegar a producirse, porque también es perfectamente posible, y así justamente ocurre en el caso de autos, que se dicte con posterioridad a la sucesión la sentencia de despido que condena solidariamente a las dos empresas y abre el plazo para optar por la readmisión, con lo que tal condena solidaria habilitaría a la cesionaria para activar esa facultad de readmitir al trabajador y dar cumplimiento de esta forma a las obligaciones laborales anteriores a la subrogación que no hubieren sido satisfechas, cuando

ya hemos dicho que no se discute en este caso que el demandante era uno de los trabajadores adscritos a la contrata. STS de 30 de noviembre de 2016, RUD núm. 825/2015, Cremonini Rail Ibérica.

contrario, no será causa de terminación del plan de pensiones la cesión global del patrimonio, subrogándose la entidad resultante o cesionaria en la condición de promotor del plan de pensiones. Además, conviene precisar que, si a consecuencia de la transmisión de empresa, una misma entidad resulta promotora de varios planes de pensiones del sistema de empleo, será preciso integrar en un único plan de pensiones a todos los partícipes y sus derechos consolidados, y en su caso a los beneficiarios, en el plazo de doce meses desde la fecha de efecto de la transmisión.

3.1. La continuidad de las relaciones laborales

3.1.1. La integración del personal subrogado en la entidad pública que internaliza el servicio

Un primer obstáculo para hacer efectiva la continuidad de las relaciones laborales en el marco de procesos de internalización de servicios públicos donde se ha producido la transmisión de una entidad económica lo constituyen las leyes presupuestarias que vienen a limitar el incremento de efectivos en las plantillas públicas, habida cuenta que todo proceso de subrogación de personal resulta ser un proceso de incremento de efectivos.

Sin embargo, partiendo de la idea ampliamente defendida a nivel doctrinal y jurisprudencial de que en el sector público los procesos de subrogación no resultan equivalentes a los procesos de contratación de nuevo personal, sino que entrañan simplemente el cumplimiento de una obligación legal (MAURI MAJÓS¹³), cabe defender que no resultan de aplicación a estos supuestos las limitaciones de las leyes presupuestarias que condicionan la incorporación de personal de nuevo ingreso y, por tanto, el personal subrogado no computa a efectos de la aplicación de la tasa de reposición de efectivos.

Más compleja resulta la cuestión relativa al estatus profesional de la plantilla laboral afectada por la internalización del servicio y por la subrogación consiguiente, en la medida en que los principios de igualdad, mérito y capacidad exigibles en el acceso al empleo público, de conformidad con el artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante TRLEBEP), parecen impedir que los trabajadores subrogados puedan acceder directamente a la condición de empleados públicos.

En esta línea se sitúa la Disposición Adicional Vigésimo Sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (LGPE 2017), en la que expresamente se prevé que:

*“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***

¹³ MAURI MAJÓS, J., “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 43, febrero de 2017, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 105-6.

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”.

De la regulación expuesta se deriva la clara voluntad legislativa de impedir que el personal objeto de transmisión, como consecuencia de un proceso de internalización de un servicio público, pueda ser directamente incorporado en una administración pública o entidad de derecho público como empleado público, sin perjuicio de la aplicación a dicho personal de las previsiones sobre sucesión de empresa previstas en la normativa laboral; precisión esta última (“normativa laboral”) que incluiría los supuestos de sucesión convencional, en la medida en que el convenio colectivo de eficacia general se erige en fuente del Derecho del Trabajo en el ordenamiento jurídico-laboral y en ese sentido es norma (contrato normativo).

En definitiva, el legislador trata de alcanzar un equilibrio entre los diversos intereses en juego: por un lado, la salvaguarda de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y, por otro, la garantía de la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por procesos de reversión de servicios públicos. Con todo, el legislador no ofrece una solución acabada que permita dar por zanjada la cuestión, habida cuenta que parece situar a la plantilla objeto de transmisión en un limbo jurídico, a medio camino entre la categoría de personal estrictamente laboral y la de empleado público, sin definir un régimen profesional preciso para dicho personal.

Esa indefinición de estatus profesional podría haberse resuelto reconduciendo a dicho personal a la categoría de creación jurisprudencial del “indefinido no fijo”; categoría que parece encontrar acomodo en el artículo 8.2 c) del TRLEBEP, y que, en todo caso, ha sido elevada a categoría legal por la Disposición Adicional decimoquinta del TRLET. Así, en los supuestos en que se superen los límites de duración del contrato por obra o servicio determinado o se cumplan los parámetros temporales relativos al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, los trabajadores afectados pasarán a adquirir la condición de indefinidos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que ello no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. En cumplimiento de esta previ-

sión, los trabajadores continuarán desempeñando el puesto que venían ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

Téngase en cuenta, sin embargo, que la aplicación de la categoría de “indefinido no fijo” en los casos que acaban de exponerse parte de un supuesto en que el personal ya había sido contratado previamente por la Administración pública como personal temporal y, por tanto, ya formaba parte de su plantilla y había accedido a la condición de empleado público, aunque de carácter temporal. Elementos fácticos que alejan este supuesto del supuesto que es objeto de nuestro estudio: el traspaso de plantilla en el marco de la internalización de un servicio público, sin existencia de una previa relación contractual de la entidad local con los trabajadores subrogados.

Más próximos a los supuestos de que tratamos se sitúan los casos de cesión ilegal de trabajadores, en los que la empresa cesionaria es una Administración pública, y en los que tampoco se ha formalizado una relación contractual previa entre los trabajadores de la empresa cedente y la Administración pública cesionaria. El artículo 43 TRLET contempla como efectos jurídicos de la cesión ilegal, por un lado, la responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria respecto de todas las deudas laborales y de seguridad social afectantes a los trabajadores objeto de cesión ilícita, y, por otro, el derecho de los trabajadores afectados a optar, a su elección, entre adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria. En tales casos, la jurisprudencia social también ha venido aplicando en la práctica la figura del indefinido no fijo cuando la empresa cesionaria es una entidad pública.

Aunque los supuestos de cesión ilegal de trabajadores tienen como telón de fondo una conducta ilícita de las empresas cedente y cesionaria, a diferencia de los casos de traspaso de plantilla en el marco de procesos de internalización de servicios públicos, es lo cierto que puede trazarse una notable analogía entre los mismos en relación con las condiciones de acceso a la condición de indefinidos en la Administración pública, por cuanto que dicho personal no fue contratado inicialmente por la Administración ni formaba por ello parte de su plantilla.

Con todo, conviene tener presente que en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores sí ha existido en realidad una relación laboral *de facto* con la Administración pública, ejerciendo ésta de empresario real de los trabajadores objeto de cesión ilícita; situación que no se produce – ni poco ni mucho – en los supuestos de contrataciones o concesiones reales.

El supuesto que nos ocupa – internalización de servicios públicos - obedece, en verdad, a una lógica muy diferente: ni se trata de una situación patológica ni los trabajadores de la concesionaria saliente habían accedido, ni directa ni indirectamente, a la plantilla de la

entidad pública con anterioridad a la transmisión. Y lo que es más importante: la continuidad de las relaciones laborales y el mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen constituyen garantías laborales de obligado cumplimiento en el marco de los fenómenos de transmisión de empresa, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE y en el artículo 44 TRLET, de tal manera que, de entrada, no parece jurídicamente defendible aplicar a los trabajadores subrogados una condición resolutoria en sus contratos de trabajo por el mero hecho de la sucesión, pasando de ser trabajadores fijos a trabajadores indefinidos no fijos.

Además, la aplicación a los casos de que tratamos de la figura del “indefinido no fijo” presenta el escollo de que requiere una resolución judicial previa de reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo” o bien la existencia de una norma legal que ampare tal reconocimiento por parte de una decisión administrativa (así sucede en los casos que contempla la citada D.A. 15ª TRLET). Si atendemos a la LPGE 2017, es lo cierto que el legislador no ha acogido la solución de aplicar la figura del “indefinido no fijo”, de modo que la norma legal presupuestaria no puede servir de cobertura argumental para aplicar tal categorización al personal transferido en el marco de un proceso de internalización de servicios públicos.

De todo lo expuesto parece derivarse que el personal subrogado no puede ser reconducido a las ya existentes categorías de personal al servicio de las Administraciones Públicas, debiéndose considerar como una categoría de personal “ad hoc”.

En esta línea se sitúa buena parte de la doctrina científica y judicial, que han acuñado la categoría de “personal subrogado”, dando cuerpo a un *tertium genus* cuyo principal efecto práctico es la aparición de una segmentación específica de personal (MAURI MAJÓS¹⁴), con un estatuto de derechos diferenciado. Dicho de otro modo, el personal subrogado es considerado como personal laboral al servicio de la Administración Pública, con la particularidad de que no se rige por el Estatuto Básico del Empleado Público.

Con tal planteamiento se pretender garantizar la fijeza del personal subrogado, de un lado, y el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir el acceso a la condición de empleado público, de otro.

Sin embargo, la “integración” del personal subrogado en el ámbito de la Administración pública se suele concebir como un punto de partida para la aplicación del ordenamiento administrativo, lo que significa que la Administración, en aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir el acceso al empleo público, tiene la obligación de incorporar las correspondientes plazas a las ofertas públicas pertinentes y celebrar las convocatorias selectivas (MAURI MAJÓS¹⁵), pudiendo el personal subrogado

¹⁴ Ob. cit., pág. 118.

¹⁵ Ob. cit., pág. 121.

acceder a la condició de empleado público fijo, o bien, en caso de no superar estos procesos selectivos, ver extinguida su relación laboral con derecho a la indemnización prevista para los despidos objetivos¹⁶.

La STSJ de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo) de 29 de octubre de 2012 (rec. núm. 1315/2011), expresa muy bien el núcleo argumental de tal posicionamiento sosteniendo, en esencia, que una cosa es la subrogación empresarial de las normas laborales y otra bien distinta la integración automática y directa del personal subrogado en la Administración pública como personal laboral, por cuanto que lo que se considera improcedente es la integración de plano o en bloque de aquel personal laboral en el empleo público, es decir, en la condición de empleado laboral para la Administración, sin que resulte posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico del Empleado Público, que en su artículo 8 no contempla tal posibilidad.

De conformidad con tales postulados, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) concluye que *“el acceso a la condición de empleado público sin superación de proceso selectivo alguno, directamente por razón de la subrogación pretendida no puede juzgarse conforme a derecho pues ello es una consecuencia que excede de tal subrogación prevista en el art 44 del Estatuto de los trabajadores. Tal solución desconoce absolutamente la existencia del derecho administrativo, su especialidad respecto del derecho privado, e implica la traslación sin más*

¹⁶ La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 28 de marzo de 2017 (RUD núm. 1664/2015) viene a establecer que, pese a ser común este tipo de personal indefinido no fijo en el ámbito de las Administraciones Públicas, existe un vacío normativo respecto a su especial régimen jurídico, sin que resulte justificado equiparar la indemnización por finalización de contrato de este personal derivada de la cobertura de la plaza con la de los temporales. Se aumenta, así, la cuantía a 20 días por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades, asemejándose al despido por causas objetivas. En concreto, se señala que *“la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo. (...) La ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato”*.

de previsiones propias de la legislación laboral a la regulación del empleo público y, por tanto, al régimen de las Administraciones Públicas. Así resulta posible la conciliación de ambos principios, de un lado, el respeto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, de otro, de tal manera que, partiendo de la subrogación, se impongan pruebas de aptitud a los trabajadores que vinculados con las entidades extinguidas, pretendan el acceso al empleo público, y acudiendo a las vías ofrecidas por la legislación laboral para la extinción en su caso de la relación laboral de aquellos empleados de tales entidades que no superen las pruebas de aptitud requeridas para el acceso al empleo público, pues extinguir sobrevenidamente por tales razones las relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación ya que la Administración desde luego no puede desentenderse sin más de tales trabajadores, pero ello tampoco puede suponer el mantenimiento de la relación laboral y su conversión en empleo público para aquellos que no superasen las pruebas de aptitud de que se trata”.

Más matizada resulta la posición doctrinal que defiende que el personal subrogado continuará prestando servicios para la Administración Pública hasta que finalice el contrato de trabajo por jubilación, dimisión, despido u otras causas de extinción, o bien hasta que la entidad pública convoque las plazas ocupadas por dicho personal, sin que pese propiamente sobre la Administración Pública la obligación de convocar las plazas ocupadas por el personal subrogado. En este sentido puede decirse que se trata de personal subrogado no a extinguir: sus contratos de trabajo no se ven sometidos a una condición resolutoria sobrevenida – la cobertura legal de la plaza – por el mero hecho de la internalización del servicio público, lo que no impide que la Administración Pública pueda amortizar las plazas – si tiene causa para ello (artículos 52 c) y 51 TRLET – o convocar los correspondientes procesos selectivos para la cobertura de dichas plazas y, en su caso, recurrir al despido por causas organizativas en caso de no superación del proceso selectivo en cuestión. COMPLETE

Las soluciones que se comentan tratan de evitar la aplicación de la figura del “indefinido no fijo” al personal subrogado a fin de dar cumplimiento a la garantía subrogatoria, que exige el mantenimiento del estatus profesional de origen – fijeza -, sin embargo, en la práctica, dicho mantenimiento es más formal que real, por cuanto que la Administración Pública podrá siempre cubrir las plazas ocupadas por el personal subrogado a través de los correspondientes procesos selectivos, de tal manera que, en última instancia, sigue recayendo sobre el personal subrogado la espada de Damocles de tal convocatoria.

En este sentido puede sostener que el personal subrogado padece una doble penalización: por un lado, sus contratos de trabajo se ven materialmente sometidos a una condición resolutoria sobrevenida – la cobertura legal de su plaza -, y, por otro lado, a diferencia del personal indefinido no fijo, no van a ser considerados como empleados públicos al no encontrar acomodo en las categorías de empleados públicos del artículo 8 TRLEBEP, lo que no solamente conlleva que no puedan ejercitar aquellos derechos ligados al mérito y a

la capacidad (por ejemplo, la movilidad funcional vertical) sino que, además, sus derechos laborales (por ejemplo, la movilidad voluntaria – concurso de traslados -) quedan estrictamente circunscritos a la unidad transmitida.

Más compleja resulta aún la cuestión de determinar cuál es la situación en que quedan tales trabajadores por lo que se refiere al ejercicio de sus derechos colectivos, y, en particular, a la participación a través de órganos de representación unitaria, aunque me atrevo a avanzar que no cabría articular unidades electorales diferenciadas con base en la mera existencia de personal subrogado, por cuanto que nuestro sistema laboral de órganos de representación unitaria toma como elemento organizativo básico el centro de trabajo o la empresa y no así las categorías de personal existentes.

En los supuestos de internalización de servicios públicos, es dudoso afirmar que la Administración tiene una obligación de “regularizar” al personal subrogado, ya que no estamos, en verdad, ante una situación irregular de partida, máxime si se tiene en cuenta que la transmisión de empresa conlleva, en línea de principio, el mantenimiento de las condiciones laborales de origen y, por consiguiente, no deja de resultar paradójico que pueda someterse a las relaciones laborales transmitidas a una condición resolutoria sobrevenida. Sin embargo, también es cierto que el personal subrogado ocupa de *facto* una “plaza” en la Administración Pública que debería acabar reflejándose en la relación de puestos de trabajo – o en su caso, amortizándose a través de los procedimientos previstos en los artículos 52 c) o 51 TRLET - y que, por tanto, debería cubrirse de manera regular, en aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, contemplados en el artículo 55 TRLEBEP.

Ahora bien, aun aceptando el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, la Administración pública se encuentra sometida en su actuación como empleadora al principio de igualdad de trato, lo que exige que no se introduzcan diferencias en las condiciones de trabajo del personal a su servicio que no vengan estrictamente justificadas por causas objetivas, razonables y proporcionadas. Entiendo, al contrario, que la integración del personal laboral subrogado deriva del estricto cumplimiento de una Directiva comunitaria y, por lo tanto, no debería penalizar la situación del personal subrogado más allá de lo imprescindible – sujetar sus contrataciones a una condición resolutoria -. Es más, el respeto al principio de igualdad de trato entre trabajadores al servicio de una Administración pública exigiría extender la aplicación de la figura del indefinido no fijo a los trabajadores subrogados, posibilitando su consideración como empleados públicos del artículo 8 TRLEBEP, por cuanto que, a pesar de que dicho personal subrogado accedería a tal condición sin superar proceso selectivo alguno, es lo cierto que ello se produce también en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores y, de todos modos, su acceso a un empleo público fijo quedaría condicionado a la superación de los correspondientes procesos selectivos públicos.

Parece dudoso, desde la perspectiva del principio de igualdad de trato, que trabajadores que prestan servicios iguales o similares para una misma Administración pública dispongan de estatutos jurídicos diferenciados por el mero hecho de que su integración se produzca como consecuencia de un previo proceso de transmisión de empresa o, por ejemplo, de la aplicación del límite de encadenamiento de contratos temporales sucesivos – que tampoco responde necesariamente a una conducta irregular de la Administración -, todo ello sin perjuicio de las diferencias de régimen jurídico que pudieran derivarse del mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo de origen, que es una consecuencia jurídica legalmente impuesta a la empresa cesionaria en casos de transmisión de empresa.

La tendencia a nivel normativo y jurisprudencial es la de aproximación entre los diversos estatutos jurídicos del personal al servicio de las Administraciones Públicas. En particular, es preciso tener en cuenta a este respecto que la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido aproximando el régimen jurídico del personal indefinido no fijo al del personal fijo, en especial a partir de la sentencia del Pleno de la Sala de 24 de junio de 2014 (RUD núm. 217/2013), al igual que lo ha hecho el legislador a través de la Disposición Adicional 16ª del TRLET, de forma que *"el alcance real de la distinción entre fijeza e indefinición temporal de la relación se refiere esencialmente a la extinción del vínculo porque, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores fijos, los indefinidos pueden ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado (...) La diferencia, pues, entre "indefinido no fijo" y "fijo" puede estar, en su caso, en la causa de extinción del vínculo contractual. Sin embargo, durante la vigencia del vínculo, el trabajador "indefinido no fijo" no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. A este respecto conviene recordar, que el artículo 15.6 TRLET establece que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida. Esta protección resulta sin duda de aplicación -con mayor razón si cabe- a los denominados trabajadores "indefinidos no fijos".* Con tal argumentación de fondo, el Tribunal Supremo ha venido a reconocer en su sentencia de 21 de julio de 2016 (rec. núm. 134/2015), asunto ADIF, que los trabajadores indefinidos no fijos tienen derecho al traslado – movilidad voluntaria - en las mismas condiciones que los trabajadores fijos de una entidad pública, por cuanto que el trabajador indefinido no fijo trasladado sigue siendo indefinido no fijo y no se convierte en trabajador fijo.

Aplicando la tesis jurisprudencial expuesta al ámbito que nos ocupa, entiendo que la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a la integración del personal subrogado en la entidad pública cesionaria exigiría sujetar sus contratos de trabajo a una condición resolutoria – cobertura legal de la plaza -, si bien ello únicamente debería afectar a la causa de extinción del contrato laboral del personal subrogado y no así al resto de derechos laborales durante la vigencia del vínculo contractual del personal subrogado. Diferencia de trato injustificada que actualmente se produce al no reconocerles el estatus de empleados públicos. Es por ello que considero que la mejor solución hubiera sido que el

legislador hubiera extendido expresamente la figura del indefinido no fijo al personal subrogado, permitiendo – eso sí - su consideración como empleados públicos.

3.1.2. Alcance de la garantía de continuidad del empleo en los supuestos de trabajadores con contratos temporales para obra o servicio determinado

Llegados a este punto, cabe plantearse en qué situación quedarían los trabajadores de la empresa saliente con contratos temporales para obra y servicio determinado, cuya vigencia queda condicionada a la vigencia de la propia contrata o concesión. Dicho de otro modo: ¿alcanza la garantía subrogatoria a estos trabajadores o debe entenderse válidamente finalizado el contrato temporal con ocasión de la reversión del servicio a la Administración pública?

Existe una consolidada jurisprudencia que viene admitiendo desde hace años la celebración de contratos por obra o servicio determinado cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo determinado en el marco de procesos de descentralización productiva, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata, *“sin que pueda argumentarse que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa contratista o concesionaria porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo. Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de contrata ilícita, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato”*.

Ahora bien, tal doctrina jurisprudencial ha sido matizada en el sentido de considerar que no procederá la finalización del contrato por obra o servicio determinado cuando la contrata o concesión se prorrogue o se produzca una transmisión de empresa – legal, convencional o contractual – que suponga la continuidad del servicio objeto de la contrata. En este sentido, interesa referirse a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 9 de febrero de 2016 (RUD núm. 400/2014, asunto MONCOBRA-CLECE), en la que el Alto Tribunal, en un supuesto de internalización del servicio por parte de una Administración pública, viene a establecer que *“en la actividad de que tratamos no existe obligación de subrogarse en la contrata, ni por prescribirlo el convenio colectivo ni por imponerlo el pliego de condiciones, y en innegable aplicación de la doctrina jurisprudencial que considera que la finalización de la obra o servicio pactado son legítima causa de extinción del contrato de obra y servicio ex art. 49.1 c) ET, si puede entenderse realizada la obra o servicio objeto del contrato, estaremos ante la terminación natural del contrato temporal”*¹⁷.

¹⁷ Entre otras, STS de 15 de enero de 1997, RUD núm. 3827/95; STS de 4 de octubre de 1997, RUD núm. 1505/06; STS de 8 de noviembre de 2010, RUD núm. 4173/09; STS de 17 de septiembre de 2014, RUD núm. 2069/13; STS de 22 de diciembre de 2014, RUD núm. 1452/13; y STS de 9 de febrero de 2016, RUD núm. 400/14.

De lo expuesto se deriva que los contratos temporales por obra o servicio determinado celebrados por la empresa saliente no podrán darse por válidamente finalizados con ocasión de la subrogación sino al contrario, deberán continuar en tanto continúe el servicio que constituye el objeto del contrato temporal. Esa continuidad provocará, sin embargo, la superación de los límites de duración máxima del contrato por obra y servicio determinado previstos en el artículo 15.1 a) TRLET, desencadenando la conversión del contrato temporal en contrato indefinido.

3.2. El mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo de origen

El artículo 44 del TRLET establece la siguiente regulación respecto al mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen:

“1. 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.

(...)

4. Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”.

Interesa, por tanto, analizar el alcance de la garantía de mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen partiendo de trazar una distinción de supuestos en función del tipo de fuente donde se crea y regula la condición de trabajo cuyo mantenimiento se pretende. Interesa, asimismo, considerar en estos distintos escenarios la posibilidad de llevar a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo por parte de la Administración pública cesionaria, una vez producida la subrogación de plantilla.

3.2.1. Mantenimiento provisional del convenio colectivo de origen

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 4º del artículo 44 TRLET, “*salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida*”.

La previsión expuesta permite el mantenimiento del convenio colectivo de origen, siendo claro que dicho convenio es aquel que fuere de aplicación a los trabajadores en el momento de perfeccionarse el negocio sucesorio, fuere cual fuere el ámbito geográfico de aplicación del mismo. Además, la regla comentada se refiere únicamente a los “convenios colectivos”, empleando el legislador un término con un contenido muy preciso en el ámbito social y que aparece referido únicamente a los convenios colectivos estatutarios, es decir, negociados con arreglo a las reglas previstas en el Título III TRLET, dejando al margen de esta regla de sucesión impropia de convenios a los acuerdos colectivos alcanzados en el marco de decisiones empresariales adoptadas con arreglo al Título I TRLET y a los pactos extraestatutarios, de naturaleza contractual y eficacia personal limitada.

No tan sencillas son las reglas temporales que delimitan la transitoriedad del régimen de aplicación del convenio. Según el artículo 44.4 TRLET, salvo pacto en contrario, el mantenimiento de las condiciones contenidas en el convenio colectivo se extenderá bien “hasta la fecha de expiración” del convenio de origen, bien “hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo” que resulte aplicable a la empresa, centro o unidad transmitida.

a) Expiración del convenio de origen

Empezando por el primer supuesto descrito, la fecha de expiración del convenio de origen, es de interés subrayar que el artículo 86 TRLET contempla mecanismos jurídicos que permiten extender la vigencia del convenio más allá de la fecha inicialmente pactada: la prórroga y la ultraactividad.

En concreto, el artículo 86 TRLET dispone que:

“2. Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes.

3. La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia (...) Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en

contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta particular cuestión, considerando que el convenio colectivo de origen mantiene su vigencia tanto en las situaciones de prórroga automática, en las que no se ha producido la denuncia del convenio, como en las situaciones de ultraactividad, si bien, transcurrido un año desde la denuncia del convenio sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá vigencia, salvo pacto en contrario.

La figura de la prórroga automática del convenio podría situarnos en un escenario de dilatada duración del mismo, muy por encima de la vigencia inicialmente pactada, en tanto que, salvo pacto en contrario, los efectos de la ultraactividad o vigencia provisional del convenio únicamente se extienden hasta un año después de su denuncia.

Ante este escenario de extinción de la vigencia del convenio de origen, cabe plantearse qué convenio resultará de aplicación a los trabajadores de la unidad transmitida.

Para dar respuesta a la cuestión planteada es preciso partir de la idea de que, en los supuestos de internalización de servicios públicos, el personal subrogado no puede acceder a la condición de empleado público y debe mantener, por tanto, un estatuto profesional diferenciado, de modo que, como precisa MAURI MAJOS¹⁸, *“no se le pueden reconocer aquellos derechos y expectativas laborales que queden estrictamente vinculados a un inicial procedimiento de acceso en condiciones de igualdad y mérito al empleo público, lo que implica que su horizonte de carrera y movilidad ha de quedar circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida y a la estructura de puestos de trabajo en la que venían desarrollándose sus funciones”*. En tales circunstancias, lo más apropiado sería que la entidad pública cesionaria negociara un convenio colectivo específico para el personal subrogado.

Sin embargo, como he expuesto líneas atrás, cabría plantearse la adecuación de tal solución – actualmente amparada en la Disposición Adicional Vigésimo Sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 - al principio de igualdad de trato entre trabajadores que prestan servicios similares para una misma entidad pública empleadora. Como ha precisado CRUZ VILLALÓN¹⁹, ha de tenerse bien presente la fuerte impronta derivada del principio de igualdad cuando el llamado a respetarlo es un poder público; principio que exige que la negociación colectiva no pueda convertirse en un instrumento de fijación diferenciada de condiciones de trabajo y de empleo respecto de empleados públicos que efectúan tareas similares prestando servicios para una misma Administración.

¹⁸ Ob. cit., pág. 119.

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes: alternativas y opciones”, *Seminari sobre Relacions Col·lectives*, Federació de Municipis de Catalunya, diciembre 2012, pág. 7.

Más dudas plantea la cuestión relativa a qué sujetos colectivos estarían legitimados para negociar dicho convenio colectivo específico: ¿podrían los órganos de representación del personal laboral del organismo público llegar a asumir la representación del personal subrogado?.

Entiendo que cuando la unidad transmitida mantenga su autonomía funcional y organizativa respecto del resto de unidades del ente público, dicha unidad debería considerarse como unidad electoral autónoma y dotarse de órganos de representación unitaria propios, manteniéndose, en su caso, el mandato representativo de los representantes unitarios objeto de cesión. Por el contrario, cuando la unidad transmitida no conserve su autonomía, integrándose en otras unidades electorales laborales del ente público, lo lógico sería considerar que el personal subrogado será representado por los órganos de representación unitaria ya existentes en la empresa cesionaria, sin perjuicio de convocar, en su caso, elecciones parciales (por incremento de plantilla). Esta última posibilidad parece que chocaría, sin embargo, con la falta de consideración del personal subrogado como empleados públicos, lo que plantea la duda de hasta qué punto el personal laboral de la entidad pública y el personal laboral subrogado pueden compartir los mismos órganos de representación unitaria del personal.

Otra opción sería la de aplicar, en su caso, el convenio colectivo del personal laboral vigente en la entidad pública o bien negociar un convenio colectivo conjunto para el personal laboral y el personal subrogado, aunque tal solución muy probablemente entraría en contradicción, como se ha expuesto, con la falta de consideración de los trabajadores transferidos como empleados públicos.

b) Entrada en vigor de un convenio colectivo nuevo aplicable a la unidad transmitida

El mantenimiento provisional del convenio de origen – sea más o menos dilatado en el tiempo – puede verse cortocircuitado por la entrada en vigor de “*otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la empresa, centro o unidad transmitida*”. El Tribunal Supremo ha venido a clarificar esta previsión estableciendo que no puede considerarse como “nuevo convenio colectivo” el que ya se viniera aplicando en la empresa cesionaria al tiempo de la transmisión sino, en todo caso, un nuevo convenio que se negocie *ex post*.

En efecto, en su sentencia de 12 de abril de 2011 (rec. núm. 132/2010), INDRA SISTEMAS, el Alto Tribunal ha precisado que “*el convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio que sea aplicable a dicha empresa. Cuando la Directiva habla de “aplicación de otro convenio colectivo”, no se refiere al que ya estaba vigente “ex ante” la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. Conclusión que se refuerza a la vista del*

contenido del número 4. del art. 44 TRLET, donde se alude expresamente al "nuevo" Convenio Colectivo que resulte aplicable tras la transmisión".

Como ya se ha avanzado en el apartado anterior, en los supuestos de internalización de servicios públicos, parece que la entidad pública cesionaria podría negociar un "nuevo" convenio colectivo específico para dicho personal tras la subrogación, sin esperar a la finalización de la vigencia del convenio de origen, evitando de este modo que dicho convenio mantenga sus efectos. Convenio que podría encontrar encaje jurídico en el artículo 87.1 TRLET, que permite los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico (los denominados convenios de franja).

No impediría – jurídicamente hablando – la negociación de un convenio colectivo específico para el personal subrogado la vigencia en la entidad local cesionaria al tiempo de la transmisión de uno o varios convenios colectivos laborales sectoriales, en la medida en que el convenio de empresa o ámbito inferior tiene preferencia aplicativa con respecto a determinadas materias, de conformidad con lo previsto en el artículo 84.2 TRLET.

En todo caso, como he defendido en el apartado anterior, entiendo que podría defenderse la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable a ambos colectivos de personal: personal laboral y personal subrogado.

c) Pacto en contrario

El artículo 3.3 de la Directiva 2001/23 limita el alcance temporal de la garantía del mantenimiento del convenio colectivo de origen hasta la fecha de "extinción o de expiración" de éste, o de la "entrada en vigor" o, alternativamente, de "aplicación" de otro convenio colectivo. Esta última posibilidad ha sido acogida por el legislador español y regulada en el apartado 4º del artículo 44 ET, posibilitándose, así, la inmediata sustitución del convenio colectivo de origen por el convenio vigente en la empresa cesionaria al tiempo de la transmisión mediante un acuerdo de empresa, entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, sin necesidad de esperar a la extinción o expiración del convenio de origen, ni a la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria.

Dicho precepto legal parece habilitar a la empresa cesionaria a alcanzar un acuerdo de empresa para sustituir con carácter inmediato respecto de los trabajadores transmitidos el convenio colectivo de origen y aplicarles el convenio colectivo vigente en la empresa cesionaria, a condición de que tal pacto se realice una vez sea efectiva la subrogación y se negocie con la representación del personal transferido.

c.1) Sujetos legitimados para negociar el pacto en contrario y momento temporal del pacto

En este sentido, interesa destacar que el Tribunal Supremo²⁰ ha tenido ocasión de valorar la validez de acuerdos modificatorios de condiciones de trabajo (jornada y salario) afectantes al personal transferido y negociados sobre la base de los artículos 41 y 44.4 TRLET, en una serie de asuntos relativos a la misma empresa, OMBUDS SEGURIDAD, S.A., y a la misma cuestión litigiosa en relación con unos trabajadores provenientes de otra entidad que pasaron a prestar servicios en aquélla.

En los asuntos analizados, los acuerdos se empezaron a negociar con antelación a la subrogación y se formalizaron y aplicaron inmediatamente después de la misma y sin dar ocasión a la participación del personal transferido.

En este escenario, el Tribunal Supremo declara la nulidad de las medidas modificatorias de condiciones de trabajo porque *“no sólo se trata de un acuerdo cerrado en un cortísimo lapso de tiempo inmediato posterior a la subrogación, sino que, además, incluye un efecto retroactivo que hace que, a la plantilla objeto de la subrogación, se le apliquen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante. Hemos de afirmar que de este modo se elude una de las garantías inherentes al mecanismo subrogatorio. De esta forma la sucesión empresarial se produce con alteración de las condiciones para los trabajadores, contraviniendo así las disposiciones convencionales y legales que consagran aquellas garantías. En segundo lugar, no consta que el acuerdo hubiera sido adoptado tras incluir la negociación con la representación de la plantilla subrogada; circunstancia, por otra parte, difícil, dada la premura en su adopción. Por último, en ningún momento en el acuerdo se hace alusión a la utilización de la vía del art. 41 ET ni se mencionan algunas de las causas legales, ni consta que se siguiera el periodo de consultas en los términos que dicha disposición impone. Por el contrario, las negociaciones tenían como objeto revisar pactos suscritos en 16 de diciembre de 2010, derogándolos. El periodo de consultas, debiera de haberse iniciado una vez integrada la plantilla subrogada y, por tanto, con la posibilidad de que dicha plantilla estuviera representada. Es cierto que cabe la posibilidad de que dicha integración de trabajadores acabara arrojando el mismo resultado de representatividad social, pero ello solo sería constatable una vez tal subrogación se hubiera hecho efectiva (...) En realidad lo que ha sucedido es que a los trabajadores provenientes de EULEN se les han aplicado desde el inicio de su integración a la plantilla de la empresa sucesora las condiciones pactadas en el seno de ésta, sin respetar las que traían de origen y sin haberse iniciado, una vez producida la subrogación, el trámite pertinente para que, en su caso, pudiera llevarse a cabo una modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo”*.

El supuesto resuelto por la STS de 21 de diciembre de 2016 (rec. núm. 3245/2015), aunque trae causa igualmente de un proceso de homogeneización de condiciones de trabajo de personal transferido en la empresa OMBUDS, presenta elementos fácticos diferencia-

²⁰ SSTS de 9 de marzo de 2015 (rec. núm. 471/2014); de 11 de febrero de 2015 (rec. núm. 2613/2013); de 27 de enero de 2015 (rec. núm. 3235/2013); y de 14 de mayo de 2014 (recs. núms. 2232/2013 y 2143/2013).

dos en la medida en que la empresa pretende corregir las deficiencias achacadas por el propio Tribunal Supremo en anteriores pactos de igualación de condiciones de trabajo. En dicho asunto, el inicio del periodo de consultas para introducir la modificación del sistema de trabajo, jornada y retribución tuvo lugar un mes después de la subrogación empresarial, dándose por finalizado con acuerdo tal período dos semanas más tarde de su inicio. Sin embargo, aunque existía un trabajador representante unitario de los trabajadores en el colectivo afectado, la negociación de la modificación únicamente se llevó a cabo con el comité de empresa de la empresa cesionaria.

Como el propio Tribunal Supremo se encarga de subrayar, en este supuesto:

“existe una diferencia cronológica evidente, aunque de escasa entidad, que parece impide, en principio, aplicar directamente nuestro argumento doctrinal de que el pacto “es el fruto de un proceso negociador iniciado antes de que se produjera la subrogación de la demandada en la plantilla de la saliente”. Tampoco se produce en el presente caso el efecto de que, el acuerdo “ incluye un efecto retroactivo que hace que, a la plantilla objeto de la subrogación, se le apliquen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante” como figura en el texto de nuestras sentencias anteriores, por lo que - igualmente en principio- cabría sostener que nuestra doctrina no es aplicable, al haber corregido la empresa los incumplimientos o deficiencias que se le achacaban en ella.

Ahora bien, el proceder empresarial, aunque cronológicamente se adecuaba posteriormente a la sucesión, enmascara la misma situación que en los pactos anteriores. Aunque respeta ab initio la empresa el acceso de los trabajadores y la subrogación, inmediatamente provoca un cambio que vuelve a incidir en los mismos defectos que los anteriores pactos analizados ya por la Sala: se negocia con la finalidad de la homogeneidad de las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, con independencia de su origen y subrogación; participa su única representación de los trabajadores en Ombuds; y, por último, provoca un cambio que redundará en una expansión de las condiciones del colectivo perteneciente a la empresa con anterioridad respecto a los demás que han accedido posteriormente, a los que se les equipara. Claramente se observa que esas nuevas condiciones que se establecen, con independencia de su incidencia concreta, intentan soslayar el mantenimiento no sólo de los pactos colectivos sino de las propias condiciones individuales de cada trabajador, igualando colectivos sin atender a los verdaderos mecanismos de producción o causalización del cambio (mecanismos ya citados del art. 44 en relación al 41 ET), y que en cualquier caso exigen esa participación de la representación de los trabajadores. Esta participación es la expresión de los derechos del colectivo afectado, pues poca incidencia pueden tener en los que ya pertenecían a la empresa las nuevas modificaciones, si lo que se hace es, precisamente, fijar el marco de obligaciones laborales para aquellos que acceden procedentes del fenómeno subrogatorio en igualdad con los que ya pertenecían a la empresa.

No ha existido, pues, más que una corrección en lo formal y no en lo sustancial, al no haber dado siquiera tiempo a los trabajadores transferidos a su afianzada incorporación a la nueva empresa con respeto inicial, igualmente efectivo, de sus condiciones en la anterior, sino que, observando un mínimo cronológico indispensable, se ha procedido del mismo modo ya censurado por esta Sala, de manera que sólo aparentemente -pero no realmente- puede

decirse que se cumple con la doctrina de la misma, por lo que se está en el caso de, siguiendo su filosofía”.

De lo expuesto se deriva que el Tribunal Supremo ha negado validez a acuerdos homogeneizadores de condiciones de trabajo afectantes al personal transferido, pretendidamente negociados sobre la base de los artículos 44.4 y 41 TRLET, en la medida en que tales acuerdos o bien se empezaron a negociar con antelación a la subrogación y se formalizaron y aplicaron inmediatamente después de la misma y sin dar ocasión a la participación del personal transferido, o bien fueron negociados tras la transmisión, pero en un plazo temporal muy próximo a la sucesión y sin participación del personal transferido, al negociarse con el comité de empresa ya existente en la empresa cesionaria.

En todos los asuntos resueltos por el Alto Tribunal se constata que el elemento central sobre el que pivota la validez de los acuerdos igualatorios/modificatorios de condiciones de trabajo afectantes al personal subrogado se sitúa en la posibilidad de garantizar la participación de tales trabajadores a través de sus representantes. Conclusión que se sitúa en la línea de la Directiva 2001/23/CE, cuyo artículo 6.1 dispone que *“los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estuvieran representados antes del traspaso se hallen debidamente representados, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales vigentes, durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores”.*

Sin embargo, más allá de la previsión relativa al mantenimiento del mandato de los representantes legales de los trabajadores cuando la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma objeto de la transmisión conserve su autonomía, el artículo 44.5 TRLET no ofrece soluciones concretas para garantizar la participación del personal subrogado ni en los casos en que la entidad económica transferida no conserve su autonomía ni en los casos en que no existieran órganos de representación unitaria en la entidad cesionaria.

De este modo, como se avanzó, si entre el personal subrogado existiesen representantes de los trabajadores, éstos podrían seguir manteniendo su mandato representativo a condición de que la unidad económica transmitida preservara su autonomía y no quedara integrada y diluida en la empresa cesionaria por efecto de la transmisión; situación esta última que se produciría cuando la transmisión supusiera la integración de la unidad transmitida en una unidad electoral de la empresa cesionaria que ya cuenta con órganos de representación.

Así pues, si la unidad transmitida (empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma) subsiste bajo condiciones de autonomía, pervive la función representativa. Por el contrario, si la unidad transmitida tomada en consideración como unidad electoral

desaparece tras integración en una nueva organización empresarial, los mandatos representativos se extinguen.

En caso de que la unidad transmitida no conservase la autonomía de la que gozaba de origen o bien la transmisión afectase a la integridad de la unidad electoral de origen, fragmentándose ésta, debería considerarse extinguido el mandato representativo y los trabajadores provenientes de la empresa cedente pasarían a ser representados por los órganos de representación unitaria de la empresa cesionaria, sin perjuicio de que se procediera, en su caso, a la adecuación de los órganos de representación a través del proceso electoral (promoción de elecciones parciales por incremento de plantilla).

Sin embargo, tal solución no parece adecuarse a las prescripciones de la Directiva ni tampoco a la doctrina del Tribunal Supremo que vienen a exigir que se asegure la efectiva representación de los trabajadores de la empresa cedente durante el proceso sucesorio. Así pues, y sin perjuicio de que se pudiera desencadenar, en su caso, un nuevo proceso electoral para adecuar la representación de la nueva unidad resultante de la sucesión, lo más adecuado sería considerar que, transitoriamente, se mantiene el mandato representativo de los representantes de la empresa cedente. Y, por consiguiente, la negociación respecto de la homogeneización de condiciones de trabajo debería llevarse a cabo con participación efectiva de tal representación.

Igual solución debería darse en los supuestos en que la unidad transmitida constituyera una unidad electoral con órganos de representación propios y ésta no conservara su autonomía tras la transmisión, careciendo la unidad cesionaria de órganos de representación.

En los casos en los que en la unidad transmitida no existieran representantes de los trabajadores, asumirían la representación de los trabajadores subrogados los órganos de representación unitaria de la entidad donde aquélla se integrase, sin perjuicio de ajustar, en su caso, por incremento de plantilla el número de representantes unitarios a través de la convocatoria de elecciones parciales.

En cambio, si tampoco existiera representación legal en la unidad de destino, el pacto de homogeneización de condiciones de trabajo no sería posible al no preverse expresamente la posibilidad de alcanzar tal acuerdo de empresa a través de la designación de una comisión de trabajadores “ad hoc” (el artículo 44.4 TRLET se refiere expresamente al “*acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores*”).

Con todo, la homogeneización/modificación de condiciones de trabajo sería igualmente posible, si bien debería llevarse a cabo a través del procedimiento de descuelgue del artículo 82.3 TRLET o bien, si la modificación afecta a condiciones de trabajo no reguladas en convenio colectivo estatutario, a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 TRLET; ambos procedimientos, que exigen la

acreditación de causas empresariales específicas, permiten sustanciar el período de consultas mediante una representación “ad hoc” de trabajadores, precisamente cuando no existan órganos de representación unitaria y sindical.

En definitiva, el pacto homogeneizador de condiciones de trabajo del artículo 44.4 TRLET no es un pacto sujeto a causalización alguna, a diferencia de los supuestos de descuelgue o modificación sustancial de condiciones de trabajo, sin embargo, exige la participación del personal afectado por la transmisión; participación que no puede articularse a través de una representación “ad hoc” de trabajadores como la prevista en los artículos 41.4 y 82.3 TRLET, sino a través de órganos de representación institucionalizados que permitan la participación real de la nueva plantilla subrogada.

c.2) ¿Cabe un pacto en contrario “in peius”?

Para la validez del pacto en contrario de que tratamos, considero que debe cumplirse un requisito adicional, que no se recoge expresamente en el artículo 44.4 ET, como es que la inmediata sustitución del convenio colectivo de la empresa de procedencia no suponga la aplicación de condiciones de trabajo globalmente menos favorables para los trabajadores transferidos. Efectivamente, esta interpretación es la única que se acomoda a la jurisprudencia comunitaria, exponente máximo de la cual es la sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de septiembre de 2011, dictada en el asunto Scattolon.

En tal sentencia, el Tribunal de Justicia parte de considerar que *“la regla prevista en el artículo 3 de la Directiva sobre transmisión de empresa, según la cual el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha (...) de aplicación de otro convenio colectivo, debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a retribución”*.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la UE limita tal posibilidad argumentando que *“el ejercicio de la facultad de sustituir con efecto inmediato las condiciones de las que disfrutaban los trabajadores transferidos en virtud del convenio colectivo vigente en la empresa del cedente por las previstas en el convenio colectivo vigente en la del cesionario no puede tener por objeto ni por efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión. En caso contrario, la realización del objetivo pretendido por la Directiva podría ser fácilmente frustrada en cualquier sector regido por convenios colectivos, lo que perjudicaría el efecto útil de esa Directiva”*.

Consiguientemente, de la doctrina Scattolon se deriva que no cabe la inmediata sustitución “in peius” del convenio colectivo de origen por el convenio colectivo vigente en la empresa cesionaria al tiempo de la transmisión. Con todo, es preciso establecer el alcance temporal

de esa garantía de mantenimiento del convenio colectivo de origen cuando éste resulta globalmente más favorable para los trabajadores transferidos que el convenio colectivo de la empresa cesionaria. Ciertamente, no se trata de una garantía absoluta, sino que la propia Directiva y el propio artículo 44 ET nos ofrecen la solución al establecer que el mantenimiento del convenio colectivo de origen es sólo provisional, hasta que finalice su vigencia o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria.

En definitiva, la facultad que otorga el artículo 44.4 ET al empresario cesionario para celebrar un pacto en contrario que permita sustituir de forma inmediata el convenio de origen, viene limitada a los pactos “in melius”, es decir, a los supuestos en que la aplicación inmediata del convenio de la empresa cesionaria resulta globalmente más favorable para los trabajadores transferidos. De no ser así, el pacto en contrario no será posible, y continuará aplicándose el convenio colectivo de origen a los trabajadores transferidos hasta que éste finalice su vigencia o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo en la empresa cesionaria.

Considero, sin embargo, que en el caso de que se pretenda la sustitución inmediata de un convenio por otro “in peius”, tal sustitución podría operarse a través de la vía del artículo 82.3 ET, iniciando a tal fin un procedimiento de inaplicación de convenio, que, además de estar materialmente limitado en cuanto a las condiciones de trabajo que pueden ser objeto de “descuelgue”, requerirá, entre otras cosas, la acreditación de una específica necesidad empresarial independiente del hecho mismo de la transmisión para proceder a tal inaplicación.

c.3) Virtualidad del “pacto en contrario” en los supuestos de personal subrogado del sector público

La vía del pacto en contrario consiste en un acuerdo de fijación por el que se decide la aplicación de otro convenio regulatorio de condiciones de trabajo, con vistas a facilitar la integración de la nueva plantilla en la empresa de destino. La función del pacto no es, por consiguiente, la de regular condiciones de trabajo, sino posibilitar la sustitución inmediata del convenio de la unidad transmitida por el convenio vigente en la unidad cesionaria (MAURI MAJÓS, pág. 120, NP 66). Sin embargo, cuando se trata de personal subrogado en el ámbito de procesos de internalización de servicios públicos, en realidad no se pretende tanto la homogeneización entre colectivos sino la creación de un estatuto profesional diferenciado para el personal subrogado.

Dicho de otro modo, en los supuestos de que tratamos, a menudo, la finalidad del pacto no será la de igualación de condiciones de trabajo entre colectivos aplicando desde el mismo momento de la transmisión el convenio colectivo vigente en la unidad cesionaria, sino adaptar y modificar las condiciones de trabajo de origen del personal subrogado al nuevo

contexto público, sin llegar a aplicar necesariamente todo el régimen jurídico previsto en la norma convencional de la unidad de destino.

Por ello, muy probablemente, la vía más idónea para la creación de un estatuto profesional específico para el personal subrogado sería la negociación de un convenio colectivo propio, o bien el mantenimiento del convenio colectivo de origen y el descuelgue puntual respecto de alguna materia regulada en dicho convenio a través del procedimiento del artículo 82.3 TRLET – procedimiento de difícil aplicación en el sector público - o la modificación sustancial de condiciones de trabajo prevista en el artículo 41 TRLET, cuando la condición de trabajo que se pretende modificar no se encuentre regulada en un convenio colectivo estatutario; descuelgues y modificaciones que serán siempre causalizados, debiendo acreditar la entidad cesionaria la concurrencia de alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción, sin que la mera transmisión pueda erigirse en causa suficiente a tales efectos.

Todo ello sin perjuicio de que la entidad pública cesionaria pueda modificar unilateralmente, sin acuerdo de empresa previo y sin necesidad de acudir tampoco al procedimiento de inaplicación del artículo 82.3 TRLET, el contenido del convenio colectivo de origen que contravenga las medidas legales – estatales o autonómicas – de contención del gasto público, en particular por lo que se refiere al incremento de las retribuciones y otros derechos de contenido económico. Como se sabe, desde principios de la década de los años ochenta, vienen imponiéndose en las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado y de las Comunidades autónomas límites al incremento de las retribuciones y otros derechos de contenido económico del personal del sector público, entre otras medidas de contención del gasto público.

Confrontadas las medidas legales de contención del gasto de personal al servicio del sector público con el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido a establecer la constitucionalidad de las mismas, con el argumento de que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, concluyéndose que es constitucionalmente posible que una ley pueda modificar lo pactado en un convenio colectivo estatutario vigente²¹.

Junto a ello, hay que considerar otro elemento diferencial en el ámbito de las Administraciones públicas como es la posibilidad que brinda el artículo 32.2 del TRLEBEP, relativo a la negociación colectiva del personal laboral. Así, se establece un procedimiento específico de inaplicación unilateral de convenios colectivos afectantes al personal laboral,

²¹ Por todas, véase la reciente STS (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2017 (rec. núm. 169/2016), donde se resume la doctrina constitucional vigente en relación con la cuestión de que tratamos.

en paralelo con el ya existente en relación con el personal funcional, en los siguientes términos:

“Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

A los efectos de lo previsto en este apartado, se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”.

Como ha precisado CRUZ VILLALÓN²², se trata de un procedimiento específico de descuelgue de condiciones de trabajo para el conjunto del sector público, que para el caso concreto del personal laboral se presenta como un mecanismo asimilado al del descuelgue propio del Estatuto de los Trabajadores, con un cualitativo contraste en el canal procedimental de descuelgue: en un caso remitido a la decisión unilateral de la Administración Pública como poder público, mientras que, en el otro caso, sometido a un mecanismo de arbitraje, primero voluntario y después obligatorio, aunque confluyan en este último caso un fuerte poder decisorio de la autoridad laboral. Es preciso puntualizar también, siguiendo al mismo autor, que, a diferencia de las medidas de contención del gasto público previstas a través de normas con rango legal y, por tanto, por parte de poderes políticos con legitimidad para adoptar este tipo de disposiciones con tal rango (Parlamento o Gobierno, central o autonómico), en este caso se trata de una ley que habilita de forma genérica a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, incluyendo a las entidades locales. Ahora bien, no se trata de un puro acto de decisión política, sino que resulta forzoso que el acuerdo administrativo de inaplicación justifique expresamente la concurrencia de esa situación de excepcionalidad. En concreto, debe existir una objetiva y demostrable relación de conexión causal entre las circunstancias justificativas de la medida con el ámbito en la que éstas se adoptan, el contenido e intensidad de las medidas que se adoptan, así como del alcance temporal de las mismas. Por tanto, en estrecha conexión con las causas deben encontrarse las concretas cláusulas convencionales objeto de suspensión o modificación, y en este sentido, ha de entenderse que sólo los contenidos negociales que tengan directa conexión con costes económicos en materia de personal pueden ser afectados por la medida de descuelgue.

²² CRUZ VILLALÓN, ob.cit., págs. 29 y ss.

Teniendo en cuenta que el personal subrogado no es considerado como personal laboral de la Administración Pública ex artículo 8 TRLEBEP, cabría dudar de la aplicabilidad de las previsiones del artículo 32 TRLEBEP para proceder a una inaplicación del convenio colectivo de origen del personal subrogado, debiéndose recurrir al procedimiento del artículo 82.3 TRLET, que va a exigir la consulta y el acuerdo con la representación del personal o, en su defecto, un arbitraje voluntario u obligatorio para resolver la cuestión del descuelgue convencional.

3.2.2. Mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo (más beneficiosas) derivadas de un acuerdo colectivo extraestatutario o de una decisión empresarial unilateral de efectos colectivos o individuales

El mantenimiento de las condiciones de trabajo reconocidas en un pacto colectivo de la empresa de origen vigente en el momento de la transmisión o derivadas de una decisión empresarial de efectos colectivos o individuales (condiciones más beneficiosas) encuentra apoyo en la regla general prevista en el apartado 1º del artículo 44 –que contempla la obligación del empresario cesionario de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior– y no así en su apartado 4º. Consiguientemente, la modificación o supresión de tales condiciones de trabajo durante la vigencia del pacto extraestatutario únicamente podrá llevarse a cabo a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, que, entre otras cosas, exige la acreditación de una causa económica, técnica, organizativa o de producción independiente del hecho mismo de la transmisión, y que, además, sólo podrá llevarse a cabo por parte de la empresa cesionaria una vez consumada la subrogación y en el marco de un proceso de negociación donde se encuentren debidamente representados los trabajadores transferidos.

A propósito de la modificación de condiciones de trabajo del personal transferido, es preciso referirse también al artículo 44.9 ET, que literalmente establece “*el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 ET*”.

De una primera y precipitada lectura del precepto legal podría desprenderse que éste faculta a la empresa cedente y a la empresa cesionaria, en relación con sus respectivos trabajadores, a modificar sus condiciones de trabajo con ocasión de la transmisión, a

través de la sustanciación, en su caso, de un período de consultas ex art. 41 o ex art. 40 ET; período de consultas que, además, parece que podría llevarse a efecto antes de la transmisión. Siendo así, cabría considerar válidos los pactos de modificación de condiciones de trabajo de los trabajadores que van a ser objeto de transmisión, alcanzados con carácter previo a la transmisión entre la empresa cedente y los representantes de los trabajadores de ésta.

Sin embargo, tal interpretación chocaría frontalmente contra la finalidad de la Directiva 2001/23 y del artículo 44.1 ET, de garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores transferidos a fin de que no se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión, y constituiría a la postre un claro fraude de ley, por cuanto que la sucesión de convenios colectivos en el marco de una transmisión de empresa o unidad productiva autónoma se rige por la regla especial del apartado 4º del artículo 44 ET, que justamente prevé el mantenimiento provisional del convenio colectivo de origen. De ahí, pues, que deba considerarse que la modificación sustancial de condiciones de trabajo previa a la transmisión pretende claramente evitar la asunción de una obligación legal.

Sentando lo anterior, es preciso tratar de entender la lógica que encierra el artículo 44.9 ET, debiéndose poner en relación tal precepto legal con el artículo 7.2 de la Directiva 2001/23, en la medida en que aquél constituye la trasposición al ordenamiento jurídico español de éste. El artículo 7 de la Directiva 2001/23 se divide en dos apartados. En el primero se establece la obligación de cedente y cesionario de informar a los representantes de sus trabajadores respectivos afectados por un traspaso sobre determinadas cuestiones (fecha prevista del traspaso; motivos del traspaso, consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores, y medidas previstas respecto de los trabajadores). Tales informaciones han de facilitarse, en el caso de la empresa cedente, con la suficiente antelación antes de la realización del traspaso. Y, en el caso de la empresa cesionaria, con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo por el traspaso. En el segundo apartado del artículo 7 de la Directiva 2001/23 se establece que *“si el cedente o el cesionario previeren la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos, estarán obligados a consultar tales medidas, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo”*.

De entrada, el artículo 7 de la Directiva no se refiere expresamente en ningún momento a la posibilidad de llevar a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo con motivo de la transmisión, ni mucho menos respecto del personal transferido. Téngase en cuenta que tanto el artículo 7 de la Directiva como el artículo 44.9 ET se refieren en todo momento a los trabajadores respectivos de la empresa cedente y de la cesionaria, sin aludir en ningún caso a los trabajadores transferidos. Es por ello que, de entrada, cabe interpretar que la facultad de adoptar medidas modificatorias por parte de la empresa

cedente o de la cesionaria respecto de sus trabajadores respectivos se refiere únicamente a aquellos trabajadores de las respectivas plantillas que no son objeto de cesión.

En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en su sentencia de 14 de julio de 2014.

Con todo, aun compartiendo en línea de principio esta conclusión, pues es la única que resulta acorde con la tan repetida finalidad de la Directiva y del artículo 44 ET, considero que tanto el artículo 7 de la Directiva como el artículo 44.9 ET ampararían todas aquellas modificaciones de condiciones de trabajo efectuadas por la empresa cedente que son consecuencia necesaria del traspaso de centro de actividad, al producirse un cambio en la ubicación geográfica de la unidad transmitida (movilidad geográfica), y que por ello mismo es lógico que afecten al personal transferido, sin que en tal caso pueda considerarse conculcada la garantía del mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen.

En definitiva, la empresa cedente no puede utilizar la vía del artículo 44.9 ET para sustituir el convenio colectivo de origen de los trabajadores que van a ser transferidos, pues en tal caso resulta de aplicación la regla especial del artículo 44.4 ET que exigiría un acuerdo de empresa entre la cesionaria y los representantes de los trabajadores una vez efectuada la transmisión. Ni tampoco puede la empresa cedente utilizar la vía del artículo 44.9 ET en relación con el artículo 41 ET para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de origen contractual –incluyendo las derivadas de un pacto extraestatutario– del personal que va a ser transferido, pues a ello obsta una interpretación finalista del tal precepto acorde con la garantía del mantenimiento de las condiciones convencionales y contractuales de origen del personal cedido, incurriéndose, además, en un claro fraude de ley, habida cuenta que el ámbito de apreciación de la causa empresarial así como el escenario de negociación han de situarse necesariamente en la empresa cesionaria y no así en la cedente, pues los trabajadores transferidos pasan a depender de la empresa cesionaria como consecuencia de la sucesión.

3.2.3. Especial mención al mantenimiento de los compromisos por pensiones

La posibilidad de que las Administraciones públicas realicen aportaciones a sistemas complementarios de la Seguridad Social, se contempla en el artículo 29 del TRLEBEP, así como en la Disposición Final Segunda del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre. Con todo, como previene la citada Disposición Final, tal posibilidad queda condicionada a la correspondiente habilitación presupuestaria de que disponga cada entidad o empresa, así como a las posibles autorizaciones previas a las que pudiesen estar sometidas tales aportaciones tanto de carácter normativo como administrativo, para, en su caso, destinar recursos a la financiación e instrumentación de la previsión social complementaria del personal.

De lo expuesto se deriva que la posibilidad de excluir la realización de aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivos deriva expresamente de lo dispuesto en la disposición final segunda del texto refundido de la Ley de planes y fondos de pensiones y no contradice lo dispuesto en el art. 29 LEEP. De lo que se concluye que el Estado, en atención a la situación económico financiera, podrá fijar distintos porcentajes de aportación sobre la masa salarial –como en la práctica ha venido haciendo desde el año 2004– o incluso no fijar cuantía alguna por dicho concepto, que es lo que ha sucedido desde el año 2012, con el refrendo del Tribunal Constitucional.

La LPGE 2017 prevé en su artículo 18.3 que *“las Administraciones, entidades y sociedades a que se refiere el apartado uno de este artículo, no podrán realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, y siempre que no se produzca incremento de la masa salarial, en los términos que establece la presente Ley, las citadas Administraciones, entidades y sociedades podrán realizar contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de contingencias distintas a la de jubilación. Asimismo, y siempre que no se produzca incremento de la masa salarial, en los términos que establece la presente Ley, podrán realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, siempre que los citados planes o contratos de seguro hubieran sido suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2011”*.

La regulación expuesta debe ponerse en relación con el artículo 44 TRLET, que impone la subrogación del nuevo empresario en todos los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos por pensiones, de tal manera que cabe plantearse – siquiera brevemente – hasta qué punto podrían suspenderse en este contexto las aportaciones empresariales a un plan de pensiones del sistema de empleo sin recurrir al procedimiento del artículo 41 TRLET o, en su caso, del artículo 82.3 TRLET²³.

Esta cuestión ha sido resuelta ya por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 18 de octubre de 2017 (rec. núm. 169/2016), en la que, entre otras cuestiones litigiosas, se plantea la validez de la supresión unilateral de la aportación empresarial a la cobertura de un seguro médico sin tramitar ningún procedimiento previo de consulta con la representación del personal; derecho que se reconocía en el

²³ La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 19/2015; asunto LIBERBANK-BANCO DE CASTILLA LA MANCHA), vino a establecer expresamente la validez de un acuerdo alcanzado entre la dirección de la empresa y la mayoría sindical al amparo del artículo 41 TRLET para suspender las aportaciones a un plan de pensiones del sistema de empleo, partiendo de la consideración de que el hecho de que determinados Planes de Pensiones silencien la posibilidad de alterarlos mediante acuerdo colectivo en modo alguno impide que, al amparo de las reglas generales sobre modificación de condiciones laborales, de inaplicación o renegociación de convenios colectivos, las obligaciones empresariales afectadas puedan verse alteradas (arts. 41.1 y 82.3 ET). La consecuencia, más bien, es que la virtualidad (que no la validez) de tales cambios quedará condicionada a su encauzamiento a través de las previsiones del correspondiente Plan, que podrían exigir el refrendo de la Comisión de Control.

correspondiente convenio colectivo y que tenía como beneficiarios a los trabajadores de un organismo público.

El Alto Tribunal avala en este caso la validez de la decisión unilateral del organismo público argumentando que un convenio colectivo estatutario vigente puede ser modificado por ley, en virtud de la preeminencia de ésta sobre la regulación convencional, predicable tanto de la ley nacional como de la ley autonómica. En efecto, concluye el Tribunal que *“el cese de las aportaciones por parte del ente público al mantenimiento de un seguro médico a favor de sus empleados, no fue una decisión empresarial unilateral, producto del mero voluntarismo de sus gestores, sino que la medida se evidencia como una consecuencia directa e inmediata de lo establecido en el artículo 41.2 de la Ley 11/2010, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2011, que con efectos de 1 de enero de 2011 suspende la aplicación de la contribución de los entes del sector público con presupuesto estimativo a seguros médicos de carácter privado que tuvieran como beneficiario a los trabajadores de las empresas públicas”*.