

**“LOS PROCESOS DE SUBROGACIÓN DE PERSONAL DERIVADOS DEL CAMBIO EN LOS
MODELOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES DESPUÉS DE LA LEY DE
CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS
JURISPRUDENCIALES COMUNITARIOS Y NACIONALES”.**

Federico A. Castillo Blanco

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA ACONTECIDA COMO CONSECUENCIA DE LOS PROCESOS DE SUBROGACIÓN DE PERSONAL CUANDO SE REINTERNALIZAN SERVICIOS PÚBLICOS. 1. Un breve acercamiento a lo acontecido en los últimos años. 2. La normativa existente en ese momento y su aplicación al sector público. 3. Las respuestas del Derecho laboral en estos supuestos. II. LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEGISLACION DE EMPLEO PÚBLICO EN ESTOS PROCESOS DE REVERSIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS EXTERNALIZADOS. III. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 1. Subrogación de trabajadores. 2. Contratos de servicios. IV. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES SUBROGADOS. V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿CÓMO SE PODRÍA RESOLVER ESTE COMPLEJO ASUNTO DE LA SUBROGACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES DE SERVICIOS PREVIAMENTE EXTERNALIZADOS?.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA ACONTECIDA COMO CONSECUENCIA DE LOS PROCESOS DE SUBROGACIÓN DE PERSONAL CUANDO SE REINTERNALIZAN SERVICIOS PÚBLICOS.

1. Un breve acercamiento a lo acontecido en los últimos años.

Los denominados años de la “crisis” -si es que aún no vivimos inmersos en ella o de forma parcialmente ininterrumpida para la mayoría de los trabajadores de este país hemos comenzado otra- como es suficientemente conocido plantearon distintos escenarios como respuesta a la situación de déficit público que planteó la misma. De muy distinto recorrido y efectos en una amplia variedad de campos pero

específicamente, y en lo que a nosotros nos importa, en el empleo público. Ni siquiera enumeraremos todas las que acontecieron en el marco del empleo público (estancamiento en la reposición de efectivos, supresión de contratos, congelación de retribuciones, regulación de los expedientes de regulación de empleo en el sector público, etc.) que ocasionaron respuestas normativas tanto en el Derecho privado como en el Derecho público. Pero entre todos, y como consecuencia también de la irrupción en el panorama político de nuevos partidos de izquierda que asumieron relevantes responsabilidades en gobiernos locales y autonómicos, se planteó un cambio en los modelos de gestión de los servicios públicos que será lo que abordaremos en esta intervención.

Con poca fortuna, dado la impreciso de la terminología, irrumpieron los denominados procesos de “remunicipalización” y con ellos descubrimos las imprevisiones que nuestro ordenamiento jurídico tenía al respecto y la dificultad de coherencia de previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional), con lógicas institucionales distintas (Derecho Administrativo y Derecho Laboral) y con el necesario respeto, además, a los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario.

En efecto, distintas problemáticas se plantearon como consecuencia de la puesta en marcha de estos procesos de reestructuración de nuestro sector público. De carácter financiero, procedimental, etc. pero, por sobre todos al menos desde mi punto de vista, destacó la subrogación en las relaciones laborales que mantenían operadores privados por parte de los organismos que componen el sector público.

Lo cierto es que las respuestas normativas a la problemática planteada en estos procesos de reestructuración del sector público lo habían sido fundamentalmente en el ámbito estatal y autonómico a través del dictado de normas con rango de ley¹. Bien es cierto que se trataba de normas “ad hoc” dictadas, a propósito de la reordenación del sector público en el ámbito estatal o autonómico, y que agotaban su virtualidad


¹ Un riguroso análisis de estos procesos puede encontrarse en MONTROYA MARTIN, E. (2014), “Reestructuración de la administración instrumental y de estructuras asociativas: lecciones aprendidas y estrategias”, en *La reforma del Sector Público* (Dir. Castillo Blanco, F.A.), Instituto García Oviedo, Sevilla, págs. 107 y ss.

precisamente en el marco de dichos procesos². Las soluciones aportadas, como decimos para resolver supuestos concretos de integración de personal en entes y órganos suprimidos en otros organismos o entidades como consecuencia de las reestructuraciones organizativas acontecidas durante la crisis económica, se han abordado en estas normas con rango de ley mediante la subrogación en las relaciones laborales mantenidas o transformando dichos empleos en plazas "a extinguir" y, en algunos supuestos a fin de hacer viable la reestructuración pretendida, negándoles el carácter de empleado público, haciéndose eco, parece ser, de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo a propósito de la reestructuración del sector público andaluz. Y solución que, a su vez, adoptaron la leyes presupuestarias de 2017 y 2018 que se preocuparon muy mucho de que, en el marco de dichos procesos, la subrogación en las relaciones laborales no otorgara a los trabajadores la condición de empleados públicos del artículo 8 EBEP³.

Mayor problemática ha presentado el nivel local de gobierno. En efecto, como resulta de las normas vigentes en ese momento, y al menos hasta esas normas presupuestarias, no se había realizado previsión específica alguna sobre estos aspectos en el caso del sector público local toda vez que, ni la legislación previa a la reforma de 2013, pero ni siquiera la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL) abordaron dicha problemática a pesar de la amplia panoplia de medidas contenida en la misma que hubiese aconsejado prever alguna previsión normativa para los supuestos en que se

² Puede verse, a estos efectos, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa en el ámbito estatal y, a título de ejemplo, en el ámbito autonómico la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del sector público de Andalucía; asimismo, la Ley 11/2011, de 20 de diciembre, de reestructuración del sector público de Cataluña; o, por fin y por poner un último ejemplo, la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de la Generalidad Valenciana, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional.

³ En efecto, dichas disposiciones presupuestarias contemplaban que, desde la entrada en vigor de las mismas y con vigencia indefinida (nótese que se trataba de normas presupuestarias), las Administraciones Públicas del art. 2 de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) a los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el art. 2.3 de la Ley 40/15, 1 oct., BOE, 2 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; y 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. No obstante, la norma indica que a todos estos trabajadores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral



produjesen supuestos de reestructuración organizativa que implicasen la movilidad de recursos humanos. En efecto, nada se dijo sobre cómo se había de proceder ni en qué condiciones quedaría el personal afectado y nuestra legislación de empleo público dictada en tiempos de bonanza tampoco ofrecía soluciones precisas.

Esta situación ha propiciado, ante el vacío normativo en que el nivel local de gobierno se desenvolvía, un importante debate en torno a la aplicación de la institución laboral de la sucesión de empresas, básicamente en lo que se refiere a con qué alcance y con qué contenido, en los distintos procesos emprendidos de reversión de servicios públicos que hasta ese momento eran objeto de gestión indirecta por operadores privados. Básicamente la problemática jurídica planteada ha tratado de responder a las siguientes preguntas: ¿resultan de aplicación las previsiones establecidas en el artículo 44 del ET a los supuestos de reinternalización de servicios públicos? y si lo es ¿en qué supuestos de subrogación empresarial procede?, para, a renglón seguido, responder a la pregunta ¿en qué situación jurídica quedan los trabajadores que provienen de la reinternalización de servicios públicos?. Y todo ello, y al tratarse de organizaciones públicas, sujetas por ello a la legislación local, contractual, procedimental y general de empleo público, ha obligado a plantearse nuevas cuestiones, a saber: ¿resultan de aplicación a estos supuestos los instrumentos organizativos propios del empleo público: OEP, RPT, tasas de reposición de efectivos, masa salarial, regla de gasto, etc.? o ¿en qué medida resultan de aplicación las previsiones establecidas en los artículos 85, 86 y DA 9ª LBRL?.

En definitiva, y como es fácilmente deducible y ha dado lugar a un sinfín de comentarios doctrinales, un conjunto de cuestiones que han forzado finalmente al legislador, en el ámbito presupuestario y contractual, a introducir previsiones normativas, ahora sí, aplicables también a las entidades locales. Otra cosa es el acierto de éstas y si las mismas, nótese que son del mismo legislador, resultan coherentes entre sí.

1. La normativa existente en ese momento y su aplicación al sector público.

El mecanismo relativo a la subrogación en las relaciones laborales en los supuestos de sucesión de empresas aparece regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que, como es sabido, es trasunto de la normativa europea que se plasma en la Directiva 2001/23/CE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE del día 22 de Marzo de 2001). Es, por tanto, un asunto en que los Estados miembros han situado la competencia en el ámbito del Derecho europeo.

La regla general establecida en dicha directiva no es otra que su aplicación universal con independencia de la naturaleza pública o privada de cesionario y cedente y de la causa de la cesión. De esta forma el Tribunal de Justicia, en el ámbito comunitario, ha declarado de forma insistente que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 (véanse las sentencias de 26 de septiembre de 2000, *Mayeur*, C 175/99, Rec. p. I 7755, apartados 29, 33 y 34, y de 29 de julio de 2010, *UGT-FSP*, C 151/09, Rec. p. I-0000, apartado 23). No obstante, dicha norma contempla una excepción, a saber: la «reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas que no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva» (art. 1.1.c).

En relación a esta excepción, doctrinalmente se han vertido opiniones contradictorias sobre el alcance de la misma⁴, y la jurisprudencia comunitaria tampoco ha articulado una guía segura a fin de interpretar el contenido de esta. De esta forma, si bien la sentencia del TJUE de 15 de octubre de 1996 (Asunto C- 298/1994, asunto *Henke*) señaló que no opera la sucesión cuando se produce una reestructuración en las Administraciones públicas, traspasándose determinadas funciones a otro ente u

⁴ Puede consultarse, a este respecto, GÓMEZ ALVAREZ, T. (2002): “Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el art. 1.1 c) de la Directiva 23/2001. La interpretación del TJCE y de los Tribunales Españoles”, *Relaciones Laborales*, nº 8.

organismo público⁵, la sentencia del TJUE 343/98, de 14 de septiembre de 2000, (asunto Collino) estableció que los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la Administración Pública, también se encuentran tutelados por la Directiva, pues si se acogiera la interpretación contraria, según recoge dicha sentencia, “importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas podrían quedar privados de la protección prevista por la norma comunitaria”⁶. La clave para la resolución de esta cuestión radica en la interpretación que, en torno a que haya de entenderse por ejercicio permanente y estable de prerrogativas del poder público y el ejercicio de potestades públicas en salvaguarda del interés general, ha realizado el TJUE.

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

Desde mi punto de vista, y a la vista de la jurisprudencia europea⁷, si hay que entender excluidos de la Directiva los supuestos de reorganización administrativa de las

⁵ En este caso, la señora Henke prestaba servicios como secretaria del alcalde. A raíz de una agrupación de municipios a la que se encomiendan las competencias administrativas, es despedida. La sentencia niega la aplicación de la Directiva, amparándose en su Exposición de Motivos, en la que figuran elementos finalistas de protección de los trabajadores ante situaciones económicas negativas, llegando a la conclusión que “no constituye una «transmisión de empresa», en el sentido de la Directiva, la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones públicas”, en tanto que “dicha cesión del municipio a la agrupación de municipios sólo afectó a actividades propias del ejercicio del poder público. Aun suponiendo que estas actividades incluyeran aspectos de carácter económico, éstos sólo podrían ser accesorios”.

⁶ En el mismo sentido puede verse la sentencia 6 de diciembre 2011, (C-108/10, caso Scattolon). Más recientemente, la la STJUE 20 de julio 2017 (C-416/16, caso Piscarreta), entiende que la Directiva 2001/23 es aplicable a un supuesto de reorganización de empresas municipales. En concreto, el caso se refiere a la disolución de una empresa municipal, cuyo único accionista es un municipio, y sus actividades se transmiten parcialmente a ese municipio y pasan a ser ejercidas directamente por él y parcialmente a otra empresa municipal reconstituida a tal fin, de la que el citado municipio es también único accionista.

⁷ Pueden consultarse las conclusiones conjuntas del Abogado General Cruz Villalón presentadas en los asuntos Comisión/Bélgica (C-47/08, Rec. p. I-4105); Comisión/Francia (C-50/08, Rec. p. I-4195); Comisión/Luxemburgo (C-51/08, Rec. p. I-4231); Comisión/Austria (C-53/08, Rec. p. I-4309); Comisión/Alemania (C-54/08, Rec. p. I-4355), y Comisión/Grecia (C-61/08, Rec. p. I-4399), punto 97, y las sentencia de 24 de mayo de 2011. Asimismo, son de interés las sentencias Reyners, apartado 50; Comisión/Grecia apartado 8; y la de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal, C-438/08, Rec. p. I-10219, apartado 35

autoridades públicas administrativas o el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas, no cabe excluir, sin más, otros supuestos que, como acontece en servicios que han sido objeto de concesión por un organismo de Derecho público, en la medida que su actividad no es propia del ejercicio del poder público ya que en ese caso no habrían podido ser objeto de gestión indirecta por operadores privados⁸, o la transmisión de una actividad económica de una persona jurídica de Derecho Privado a otra de Derecho Público, no necesariamente han de considerarse excluidas de la Directiva⁹. Más bien al contrario.

Lo ha confirmado la más reciente jurisprudencia europea para la que la circunstancia de que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho público no puede excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23, con independencia de que dicha persona jurídica sea una empresa pública encargada de un servicio público o un ayuntamiento. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha reconocido que el hecho de que el cesionario sea un municipio no impide, como tal, que dicha Directiva sea aplicable a la transmisión de las actividades de una empresa a un municipio (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de julio de 2017, *Piscarreta Ricardo*, C-416/16, EU:C:2017:574, apartados 30 a 32 y

⁸ La Sentencia de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-175/99, *Mayer* afirmó que sí opera la Directiva cuando la transmisión de actividad se produce de una persona jurídica sometida a Derecho privado a otra de Derecho público, especialmente cuando el servicio que se prestaba por aquella no puede entenderse, de entrada, como ejercicio de poder público.

⁹ El TS ha diferenciado la transmisión de empresas ex art. 44 ET de la sucesión de contratistas o de mera actividad, considerando que en la sucesión de contratistas tan sólo opera la transmisión de personal y, en su caso, la subrogación empresarial, cuando en el convenio colectivo de aplicación se prevea expresamente que, al término de la contrata, todos los trabajadores que, dependiendo del empresario saliente, lleven prestando servicios en las dependencias de la empresa o institución principal que contrata pasarán a depender del nuevo adjudicatario del servicio, manteniendo sus condiciones laborales en idénticas condiciones a las que disfrutaban con la empresa cedente. Esto es, la subrogación en los contratos de trabajo actúa cuando la autonomía colectiva, en su ámbito de aplicación –se resalta por lo que más adelante se dirá–, establezca la obligación de subrogación en los supuestos, sin más, de un cambio en la titularidad de la empresa o también en aquellos otros en que el pliego de condiciones así lo imponga como deber jurídico del nuevo contratista.

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

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

jurisprudencia citada) siempre que la transmisión afecte a una entidad que ejerza una actividad económica, con o sin ánimo de lucro, excluyéndose en principio las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público (apartados 33 y 34 y jurisprudencia citada).

La aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado 2017 (y la correspondiente a 2018) y de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 han añadido nuevas consideraciones a las ya expuestas confirmando, de un lado, la aplicabilidad de la institución subrogatoria en el sector público y, de otro lado, ampliando el ámbito de aplicación de la misma a supuestos que, en principio, podrían haber quedado excluidos en mi opinión de acuerdo con dicha excepción.

En efecto, la Disposición adicional vigésimo sexta de la LPGE 2017, junto a establecer que no habrían de considerarse empleados públicos los trabajadores procedentes de contratas, declara la aplicabilidad de la sucesión de empresas al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública. Ahora bien alguno de estos supuestos, referidos en el subapartado b) del apartado 1 de dicha disposición, son claramente ejemplos de reestructuración de la organización administrativa que, en algunos de ellos, podrían considerarse excluidos de la aplicación de la citada directiva por tratarse típicamente de lo que pueden considerarse estrictamente como reorganizaciones administrativas. Baste señalar, a estos efectos, los consorcios como entes públicos, de carácter instrumental, que asumen el ejercicio competencial concurrente de distintas administraciones públicas y cuyo objeto de actividad puede implicar en algunos supuestos el ejercicio de potestades administrativas como muestra un simple repaso al inventario de estos existente.

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

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

Y todo ello con independencia de la declaración de inconstitucionalidad parcial de las previsiones contenidas en ésta contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 2018 (RTC 2018, 122). ya que la misma ha sido reiterada por la ley presupuestaria de 2018 que no ha sido objeto de dicha tacha de inconstitucionalidad bien es verdad que sus previsiones necesariamente han de entenderse a la luz de dicha jurisprudencia constitucional teniendo en cuenta, eso sí, que dicha sentencia basa su reproche, no en la irregularidad de fondo de la norma, sino en razones formales relativas al alcance que puede tener una ley presupuestaria.

Igualmente puede decirse de la legislación contractual de 2017 que, en su artículo 130.3, deja claramente establecido que, en aquellos supuestos en 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.

2. Las respuestas del Derecho laboral en estos supuestos.

Distintos son los supuestos en que se plantea la obligación de subrogación en las relaciones laborales que se mantienen con los trabajadores con ocasión de esos procesos, verbigracia¹⁰: la sucesión de empresas derivada del artículo 44 del Estatuto

¹⁰ En realidad inclusive cabría deslindar más supuestos como indica la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de junio de 2014, los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

a) Sucesión legal regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no disponible por la autonomía colectiva, (STS de 9 febrero 2011), reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, antes Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.

b) Sucesión empresarial por disponerlo los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.

de los Trabajadores; la denominada sucesión de plantillas una figura fundamentalmente de creación jurisprudencial que ha evolucionado a lo largo del tiempo a través de una interpretación extensiva del contenido del precepto estatutario; la subrogación que se deriva de un convenio colectivo que prevé dicha obligación; y, por último, la subrogación como consecuencia de las previsiones contenidas en los pliegos de cláusulas administrativas derivados de una contratación pública o del incumplimiento del propio contrato en la denominada "cesión ilegal de trabajadores"¹¹. Ninguno de ellos ha sido pacífico en su aplicación¹².

Bien es cierto que, como ha expuesto con rigor MAURI (2017), la apreciación del primero goza de absoluta preferencia sobre el resto con lo cual, el resto de supuestos, solo opera en defecto o en ausencia de alguno de los elementos característicos de la sucesión de empresas.

c) Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, para cubrir un espacio al que no alcanza el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados.

d) Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del artículo 1.205 del Código Civil

e) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, antes Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo, como cualitativo, y siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra.

f) Sucesión de empresas en caso de concurso para lo que habrá de estarse a las especialidades de la Ley Concursal, en concreto los artículos 100.2 y 149 de la misma.

¹¹ Respecto de todos estos supuestos, y sus consecuencias en el sector público local, hay que hacer mención del trabajo de MARTINEZ FERNANDEZ J.M. y ORTEGA JIMENEZ, P. (2013), Sucesión de empresas y cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública, Número extraordinario de la Revista de Estudios Locales, 2013.

¹² La jurisprudencia de los Juzgados y Tribunales españoles sobre el tema es sumamente prolija y abundantísima con pronunciamientos, en más de una ocasión contradictorios, que han motivado varias sentencias dictadas en recurso de casación para unificación de la doctrina. (a título de ejemplo la STS de 5 de abril de 1993, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina). Puede verse, en relación a los distintos tipos, la STSJ de Madrid de 1 de Marzo de 2013 (rec. 6259/2012).

Recientemente, las SSTS 19 de septiembre 2017 (rec. 2612/2016;) y 19 de diciembre 2017 (rec. 2657/2016) sobre la reasunción por el Ministerio de Defensa del servicio de cocina y restauración que había sido externalizado a una empresa. En estos casos, el TS (siguiendo la doctrina de la STJUE 26 de noviembre de 2015, C-509/14, Asunto ADIF o Aira Pascual) ha entendido que cuando existe transmisión de elementos patrimoniales significativos e imprescindibles para llevar a cabo el servicio o la actividad transmitida se está ante el supuesto previsto en el artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE y en el artículo 44 ET. Y, en este sentido, resulta irrelevante, a efectos de considerar la existencia de una transmisión de empresa, la circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata hayan pertenecido siempre al Ministerio de Defensa, pues la cuestión de si se ha transmitido "la propiedad" de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la citada Directiva.

Extremo que, en el marco de la continuidad del servicio de seguridad de un puerto portugués, también ha sido confirmado por el propio TJUE (sentencia 14 de octubre 2017, C-200/16, Securitas). Añadiendo que la Directiva 2001/23/CE es contraria a una disposición nacional que establece que no se incluye en el concepto de «[transmisión] de empresa [o] de centro de actividad», en el sentido del art. 1.1 la pérdida de un cliente por parte de un operador por la adjudicación del servicio a otro operador.

Hasta ese momento, y como ya se deduce de lo expuesto, nada cabía oponer a que la misma operase, con efectos ex lege, en los supuestos típicos de sucesión de empresas ex art. 44 ET cuando se daban, en forma cumulativa, los requisitos establecidos en la misma y que son en lo esencial, como es suficientemente conocido, los siguientes¹³: cambio de titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma; lo transmitido había de afectar a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio¹⁴; y, por último, habían de transmitirse los bienes que conformaban el activo utilizado para prestar el servicio público¹⁵.

Tres cosas importantes para la comprensión de los requisitos establecidos en la misma. La primera es que la tutela de los trabajadores en la sucesión de empresas se afrontó por el Derecho comunitario, del que es trasunto el precepto estatutario español, en el marco de la reconversión industrial de los años setenta como garantía mínima de los derechos de los trabajadores afectados con tres instrumentos: la Directiva 75/129 sobre despidos colectivos, la Directiva 77/187 sobre derechos de los trabajadores en caso de cesión de empresa y la Directiva 80/987 de tutela en situaciones de insolvencia del empresario. Pues bien, la Directiva 2001/23/CE a la que nos referimos será la que con posterioridad sustituirá a la Directiva 77/1987 aunque conservando esa misma visión de actividad industrial con importantes elementos patrimoniales como requisitos para que operase la transmisión, si bien como resalta CONDE-PUMPIDO TOURÓN, la doctrina

¹³ En el ámbito interno merece destacarse la STS de 5 de marzo de 2013 (rec. 3984/2011) respecto de los requisitos exigibles para que la misma opere.

¹⁴ Como indica la STS de 12 de julio de 2018 (rec. 228/2015) es necesario que la transmisión vaya referida a cualquier «entidad económica que mantenga su identidad» después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal «un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio»; o el «conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio». Pero a la par teniendo presente que la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata -en el caso, Encomiendasea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica entre la primera y la segunda empresa. En efecto, su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (entre tantas, SSTJCE 1986/65, de 18/Marzo, Spijkers; 1997/45, asunto Sützen; 1998/309, asunto Hidalgo; 1999/283, asunto Allen; 1998/308, asunto Hernández Vidal; y 25/Enero/01, asunto Oy Liikenne).

¹⁵ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M^a TERESA, “Nuevos criterios jurisprudenciales sobre la sucesión de empresa. Especial referencia a la sucesión en los grupos de empresa. Incidencia de la nueva Ley de Contrato del Sector Público y su adecuación a la jurisprudencia del TJUE. La reversión de servicios públicos”, Actum Fiscal, n^o 143, 2019.

comunitaria ha ido ampliando poco a poco ese estrecho marco de cobertura con una interpretación teleológica de la norma comunitaria, que no parte de una idea apriorística de la empresa como conjunto de bienes patrimoniales, sino «como conjunto de medios organizados al fin de desarrollar una actividad»; medios que pueden ser o no de trascendencia patrimonial, tangibles o intangibles, o que, aún siéndolo, no se transmiten del empresario saliente al entrante.

La segunda cuestión que merece la pena tener en cuenta para su cabal entendimiento es que, como ha puesto de relieve la STJCE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/209, apartado 29), la interpretación de los conceptos contenidos en la norma comunitaria ha de ser lo suficientemente «flexible» para responder al objetivo de la Directiva 2001/23 de «proteger a los trabajadores por cuenta ajena en el caso de transmisión de empresa».

Y, en tercer lugar, es preciso resaltar que se trata, como ha subrayado con acierto BELTRAN DE HEREDIA, de una norma de “textura abierta” que ha de ser interpretada caso a caso.

Conviene subrayar la importancia que reviste para que opere la subrogación en las relaciones laborales el hecho de que la actividad esté o no materializada, verbigracia, que cuente con activos patrimoniales materiales o inmateriales para el desarrollo de la misma.

Así podemos observar como la jurisprudencia de nuestros tribunales no ha dudado en reconocer que se dan los requisitos necesarios para la aplicación ex lege vía artículo 44 ET de la sucesión de empresas en casos de limpieza urbana (STS de 4 de julio de 2018, rec. 1168/2017), de reversión del servicio de aguas (STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de febrero de 2019, rec. 1756/2018), o en el supuesto de recogida de residuos sólidos (STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2019, rec.1783/2018), etc. cuando una Administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos lo que determina que, normalmente, estemos

ante un supuesto de transmisión de empresa que está situado en el ámbito de aplicación del art. 44 ET.

Ahora bien, y respecto de servicios similares sino idénticos la ha negado cuando no existe esa transmisión de elementos materiales como acontece, en el caso de la reversión del servicio de limpieza, en la STSJ de Castilla y León de 17 de enero de 2019 (rec.917/2018). Es decir, es el mismo servicio que antes citábamos como supuesto de reversión con aplicación de la subrogación en las relaciones laborales, pero, en el presente supuesto, al no transmitirse elementos materiales y patrimoniales con ocasión de la reversión del servicio a la Administración, no resulta de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas establecidas legalmente. De ahí la importancia, que subrayábamos más atrás, de atender a las circunstancias de hecho que concurren en el caso.

Baste, para aprehender la importancia de este elemento, la jurisprudencia aparentemente contradictoria contradictoria que acontece a propósito de la reinternalización de servicios públicos como la actividad de colaboración en materia de gestión recaudatoria según se considere o no que concurren elementos patrimoniales lo que especialmente es relevante cuando se trata de elementos patrimoniales no tangibles (STJUE 8 de mayo de 2019, C-194/2018, asunto Dodic). Así pueden consultarse, con distintas soluciones, respecto de un caso similar como es la gestión recaudatoria, la STSJ de Baleares de 3 de febrero de 2017 (rec. 4/2017) y en contraposición a ésta la STSJ de Asturias de 4 de marzo de 2017 (rec. 6/2017) cuyo elemento de discusión radica en si se ha de considerar el software o no un elemento material intangible significativo para precipitar la aplicación de las previsiones del artículo 44 ET.

Dos tipos de matizaciones, como consecuencia de todo lo expuesto, es preciso realizar a este respecto.

La primera de las matizaciones anunciadas es que, si embargo y a pesar de lo expuesto, solución diferente se ha dado al supuesto de reversión de la actividad así como de los medios que ya eran propios de la Administración, en la que la Sala Cuarta

se atiende al criterio sentado en la TJUE 26 de noviembre de 2015 (Asunto Aira Pascual), sobre la intrascendencia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad siempre hayan pertenecido a la entidad que rescata o revierte el servicio.

Así, se aprecia sucesión empresarial por existir «transmisión de un conjunto de medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad», en las STS de 14 de septiembre de 2017 (Rec 2629/16) de 20 de abril de 2018 (Rec 2764/16); 5 de junio de 2018 (Rec 2641/16) 2018 (Rec 2720/16) o 10 de octubre de 2018 (Rec 2767/16), todas ellas relativas a reversión al Ministerio de Defensa de los servicios de cocina y restaurante que, previamente, había externalizado para llevarlos a cabo con su propio personal y con elementos materiales propios (frigoríficos, congeladores, cocinas, hornos y utensilios de cocina industrial) que antes había cedido al contratista.

La misma solución de aplicación del art.44 ET se da en la STS de 4 de julio de 2018 (Rec 2609/17, Caso Urbaser/Ayuntamiento Lora del Río), respecto de un supuesto de reversión del servicio de limpieza desde la empresa contratista al Ayuntamiento, con devolución de vehículos, maquinaria e instalaciones, asumiendo la actividad la Administración con parte del personal de la contratista (anteriormente perteneciente al Ayuntamiento) y nuevas contrataciones.

Y, la segunda, es que no es relevante que la decisión de reversión sea como consecuencia de un acto unilateral de la Administración o fruto de un acuerdo de voluntades (STJUE de 29 de julio de 2010, C- 151/09, Asunto UGT-FSP), de tal forma que cuando se les ha permitido continuar prestando servicios, sin ningún impedimento y haciendo suyos los frutos de su trabajo, durante varios días, sin notificarles en momento alguno que ya no prestaban sus servicios y sin impedirles acceder a sus centros de trabajo, acontece la aplicación de las previsiones sobre sucesión de empresas (STSJ Galicia de 5 de mayo de 2017, rec. 551/2017)

Desde luego, y en esto no parece que se suscite la mayor duda, la mayor problemática la han presentado los supuestos a los que hemos denominado de sucesión de plantillas¹⁶, dadas las características y los supuestos en que procede la misma.

Mientras que el Tribunal Supremo estableció la transmisión de elementos materiales como un elemento imprescindible para que operase ésta¹⁷, es decir la existencia de una infraestructura necesaria para la realización de la actividad, y por ello negando que la misma operase cuando no se producía este hecho transmitiendo solo trabajadores (transmisión de plantilla), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea centraba la cuestión no tanto en los medios materiales o personales que fueran objeto de transmisión, sino más bien en la continuidad de la actividad productiva con la consecuencia de que también en supuestos en que solo se transmitía plantilla operaría el mecanismo subrogatorio. Bien es cierto, que para llegar a esa conclusión el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha obligado a analizar todas las circunstancias de hecho que concurren en la transmisión, a saber: el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una

¹⁶ Idéntica opinión se expone en el Informe del Ministerio de Hacienda y Función Pública de 24 de julio de 2017. De sumo interés es el trabajo, en este punto, de BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., "Efectos subrogatorios de los pliegos de condiciones: controversia jurisdiccional administrativo-laboral, concesiones de servicio público de transporte por carretera e incidencia del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", *Comunicación presentada a la Segunda Ponencia: "Cambios en la organización productiva: externalización y empresas multiservicios"*, que puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2017/>

¹⁷ La situación, hasta ese momento, derivada de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde su Sentencia de 13 de marzo de 1990, era que "ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas, a los efectos del reiterado artículo 44 del ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulada en dicho precepto, sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales". Caso contrario, lo único que acontece "es la finalización de una contrata que se extingue por el transcurso del plazo de concesión o adjudicación y la entrada de un nuevo empleador -sea un nuevo contratista o el empresario principal a quien revierte el servicio o actividad-, no ligado con el anterior por ningún título traslativo respecto de los elementos materiales y organizativos de la empresa". Dicho de otro modo, la jurisprudencia entendía que en el encadenamiento de contratas no hay en puridad transmisión, sino finalización de una y comienzo de otra diferente, "aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados sigan siendo los mismos". Y esta doctrina, también conviene advertirlo, continúa aplicándose (por todas, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 19 de septiembre de 2012 [RJ 9985] y de 12 de febrero de 2013 [RJ 2119]). Más recientemente puede verse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2017 sobre la Radiotelevisión Valenciana que lo excluye sino va acompañada de elementos significativos de elementos materiales.

eventual suspensión de dichas actividades etc. (STJUE 9 de Septiembre de 2015, asunto C-160/2014; asunto Ferreira da Silva)¹⁸.

De esta forma, lo cierto es que el Tribunal Supremo a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 -reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008 - se acomodaría al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 había mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea- en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostenían que "en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica" y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando "el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea" (STS 12 de julio de 2010, Ar. 6798, FJ 2).

Mas recientemente, la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018 (Asunto SOMOZA HERMO, C-60/17) volverá a afirmar que, en los sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra (como las actividades de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela), es preciso tener en cuenta que:

«un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica».

¹⁸ Pero es que, además, la importancia decisiva de los elementos materiales o personal deberá atribuirse a los distintos criterios según la actividad ejercida e incluso según los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate (entre otras, SSTJUE 15 de diciembre de 2015, C-232/04, asunto Güney-Göres y Demir, 6 de marzo de 2014, C-458/12, asunto Amatori y otros, o 20 de noviembre de 2003, C-340/01, asunto Abler y otros). Puede verse, a este respecto, LÓPEZ CUMBRE, L. "Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. reglas de subrogación y empleo público", Revista Galega de Dereito Social -2ª ET- (3, 2017).

Con la consecuencia de que:

«dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea».

Y, de esta forma, el nuevo empresario, al adquirir una parte esencial de la plantilla, adquiere el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable.

Lo explica muy bien la STS de 18 de julio de 2018 (rec. 2228/2015) que establece que:

“De esta forma, para la determinación del fenómeno -transmisión de la entidad económica que mantiene su identidad- han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades». Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (así, por ejemplo, SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, asunto Spijkers; 22/2001, de 25/ Enero, asunto Oy Liikenne; 45/1997, de 11/Marzo, asunto Sützen; 286/2003, de 20/Noviembre, asunto Abler; 406/2005, de 15/Diciembre, asunto Güney-Görres; 241/2010, de 29/Julio, asunto C-151/09 ; y 4/2011, de 20/ Enero, asunto C-463/2009, «CLECE, SA». Y, reproduciendo tales criterios, entre otras, las SSTS 12/12/02 -rcud 764/02 -; ... 14/04/16 -rco 35/15 -; 08/06/15 -rco 224/15 -; 12/07/16 -rcud 349/15 -; y 10/11/16 -rcud 3520/14 -). 3.- La llamada sucesión «en plantilla».- Ahora bien, en la medida en que, en determinados sectores en

los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, es por ello por lo que ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable [STJCE 29/2002, de 24/Enero, caso Temco Service Industries, con cita de la STJCE 45/1997, de 11/Marzo, caso Sūzen; y de la STJCE 308/1998, de 10/Diciembre, asunto Hernández Vidal] (en tal sentido, SSTS 20/10/04 - rcud 4424/03 -; 07/11/05 -rec. 3515/04 -; 27/06/08 -rcud 4773/06 -; 21/09/12 -rcud 2247/11 -; y 10/11/16 -rcud 3520/14 -). Y en esta misma línea hemos señalado que **«la incorporación de una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla anterior hace que en el supuesto de cambio de titular concorra el elemento material necesario, aun cuando sea humano, para que la actividad productiva se conduzca de manera autónoma y dé lugar así a la sucesión empresarial el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores »**, con lo que la doctrina comunitaria **«deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria»** (así, STS 22/09/16 -rcud 1438/14 -).

Y la sentencia de 26 de octubre de 2018 (rec. 2118/2016) extracta los requisitos para que opere la sucesión de empresas:

"El motivo del recurso se centra en la infracción del art. 44 del ET y la jurisprudencia en materia de sucesión de empresa y, en concreto, si la actividad objeto de la contrata descansa en la mano de obra.

Al respecto, es constante la doctrina de la Sala que, en materia de sucesión de plantilla viene señalando que "El supuesto particular de sucesión de contratas o

concesiones con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas:

A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios ("empresa entrante") sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades ("empresa saliente") por cuenta o a favor de un tercero (empresa "principal" o entidad "comitente");

B) la sucesión de contratos o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la "empresa saliente", encargando a la "empresa entrante" servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior;

C) **la "empresa entrante" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente";** y

D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo" (ST 992/2016, de 23 de noviembre).

Debe matizarse que nuestra jurisprudencia ha sido taxativa en los casos de actividades desmaterializadas que se asumen con personal propio o con nuevo personal contratado, pues en este supuesto no hay sucesión de plantilla dado que el empresario entrante no asume "una parte esencial de la plantilla", ajustándose a la doctrina de la sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011 (Asunto CLECE). Como botón de muestra puede verse la STS de 9 de febrero de 2016 (Rec 400/14) relativa a contrata de servicio de mantenimiento y conservación de los Colegios, con asunción de los trabajos por el personal de la propia Consejería (durante casi 6 meses) y posterior formalización de una nueva contrata (con el mismo criterio, la STS 16 de junio de 2016, Rec 2390/14 y 9 de diciembre de 2016, Rec 1674/15). O, más recientemente, la STS de 04 de julio de 2018 (rec. 2609/2017) que declara que "el hecho de que una Administración Pública decida hacerse cargo de un servicio, previamente descentralizado, para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales no implica, necesariamente, que estemos en presencia de una sucesión de empresa comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CEE y, por ende, del artículo

44 ET ", es decir, solo se producirá cuando se trate de actividades con medios materiales tangibles o, por parte de la Administración, se asuma una parte relevante o esencial de la plantilla.

Pero es precisamente este aspecto, la asunción por parte del cesionario de una parte esencial de la plantilla, la que desde mi punto de vista plantea una especial problemática en el caso de las Administraciones públicas, pues de forma inmediata debemos preguntarnos si le es posible a estas hacerse cargo, de forma voluntaria, de una parte esencial de la plantilla no concurriendo los requisitos establecidos en el artículo 44 ET.

En cuanto al tercer supuesto de subrogación en las relaciones laborales, a través de normas convencionales, debe recordarse de forma previa que, como ha puesto de relieve LÓPEZ CUMBRE, ante la dificultad de acudir a la subrogación legal derivada del art. 44 LET por las dudas que puede plantear si existe o no en los casos de actividades desmaterializadas una transmisión de empresa, los sectores en los que se suelen suceder las contrataciones que descansan para su prestación en un gran número de trabajadores optaron, como fórmula a fin de salvar las dificultades que planteaban las actividades desmaterializadas, por imponer la subrogación de plantilla a través del Convenio Colectivo.

La STS de 31 de mayo de 2017 (Rec. 234/2016) lo expone con meridiana claridad:

"En las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera -por ese solo hecho- la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET , sino que la subrogación se producirá -o no- de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y siempre con subordinación al cumplimiento de los requisitos exigidos por tal norma convenida, habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza o seguridad se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este

servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (aparte de muchas anteriores que en ellas se citan, SSTS 19/09/2012 -rcud 3056/11 -; 14/10/13 -rcud 1844/12 -; 19/11/14 -rcud 1845/13 -; 16/12/14 -rcud 1198/13 -; y SG 07/04/16 -rcud 2269/14 -)".

En principio, y hasta ahora, no parecía presentarse una especial problemática en su admisión como instrumento para que operase la subrogación en las relaciones laborales si obviamos de nuevo la cuestión de si le es lícito a la Administración establecer obligaciones de subrogación en normas convencionales que supongan, sin más, la asunción de personal al margen de los procedimientos previstos en el EBEP (al menos hasta la LCSP 2017).

En cualquier caso, dos problemas sí han debido resolverse.

El primero relativo al alcance de la norma convencional. Y es que debía tratarse de una norma convencional eficaz, es decir y por aclarar este punto, de plena aplicación a la Administración pública. Lo que es exigible, según la jurisprudencia, para que la subrogación tenga lugar es que ésta ha de "aparecer impuesta por norma sectorial eficaz" por lo que, en el supuesto de que revirtiesen a la Administración (supuesto en que no sería de aplicación la Directiva de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 20 de enero de 2011), únicamente puede afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio y no a ésta. Es decir, el convenio colectivo no puede establecer cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011 [RJ 5423] y de 26 de julio de 2012 [RJ 9976])¹⁹.

No obstante, esta doctrina aparentemente pacífica hasta ahora ha sido puesta en cuestión, o al menos matizada, por la STS de 27 de febrero 2018 (rec. 724/2016), que en un supuesto de cambio de adjudicatario de la gestión de residuos sólidos, entiende, excepcionando la regla general de inaplicabilidad del Convenio Colectivo a terceros, que una entidad local puede verse afectada por cláusula subrogatoria de Convenio Colectivo de empresa pública instrumental creada para el cumplimiento de servicios públicos. De esta forma, se argumenta que:

“Ahora bien, esa general inaplicabilidad del Convenio Colectivo a terceros no sería predicable de una cláusula -la de asunción de los trabajadores por los respectivos Ayuntamientos en supuesto de inviabilidad de la empresa pública y de asunción de la gestión- respecto de la que tales Administraciones Locales no pueden en puridad calificarse de «terceros», en tanto que «Giahsa» es una empresa pública instrumental creada para el cumplimiento de servicios públicos locales y precisamente por la Mancomunidad de la que el Ayuntamiento demandado forma parte; y menos aún respecto de la asunción directa del servicio, porque ello ya no sería consecuencia de la previsión convencional, sino más rectamente de la norma laboral y de la jurisprudencia. Tengamos en cuenta que entre las diversas modalidades en la gestión de los servicios públicos [al art. 85.2 LRBRL , en redacción dada por la Ley 57/2003, de 16/Diciembre], en la actualidad reguladas por el art. 277 del TRLCSP [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14/Noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público], se haya la creación de una «entidad pública empresarial local», y aunque no cabe duda que estas formas de «gestión indirecta» comportan -en ello se coincide con el recurso una titularidad empresarial que no cabe atribuir extensivamente a los entes locales titulares originales del correspondiente servicio [sobre ello, SG 11/02/16 - rco 98/15-], de todas las maneras -y aquí discrepamos del Ayuntamiento recurrente-, de lo que aquí se trata no es de extenderle la titularidad empresarial por el sólo hecho de titular del servicio público o creador de la entidad empresarial, sino tan sólo de imputar a los Ayuntamientos, creadores indirectos -a través de la Mancomunidad- de la sociedad pública instrumental, de una previsión convencional que directamente les afecta y que en manera alguna puede

considerarse «ajena» e inaplicable a ellos, habida cuenta del régimen jurídico tutelar que respecto de tales sociedades les corresponde [vid. art. 47 Ley 5/2010, de 11/Junio]”.

El segundo, relativo al régimen de derechos y obligaciones del empresario entrante. Y es que los efectos no son, en principio, los mismos cuando la sucesión se produce ex artículo 44 ET o cuando se produce vía convenio colectivo. Así, a título de ejemplo, la STS de 20 de febrero de 2004 trata de evitar que la imperativa asunción por el nuevo contratista de la plantilla del anterior se considere como una transmisión ex art.44 ET²⁰, y, por tanto, que se excluya la aplicación del régimen jurídico ad hoc previsto en el convenio o pliego de condiciones administrativo a favor del más riguroso régimen legal que «no implica 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».

En torno a este punto, la doctrina sentada hasta ahora por la jurisprudencia del Tribunal Supremo podía verse plasmada en la STS de 7 de abril de 2016 (Rec. 2269/2014)) que mantuvo la aplicación de lo previsto en la norma convencional dado que cuando el convenio obliga a la asunción de la plantilla preexistente en supuestos adicionales a los legales, aunque materialmente haya una "sucesión de plantilla" no debe acudir a la regulación común, puesto que lo pactado opera como mejora de las previsiones heterónomas²¹. No obstante, y tras la jurisprudencia europea plasmada en la STJUE de

²⁰ MAURI MAJÓS, J., “Consecuencias de la remunicipalización...”, op. cit., pág. 92 también se refiere a que tampoco los efectos son los mismos ya que la sucesión legal se transforma en una verdadera obligación de subrogación que se impone por ministerio de la ley a las empresas y los trabajadores. La subrogación convencional presupone también una obligación de subrogación, pero solo en los términos y las condiciones que se pueden haber fijado en el correspondiente convenio y siempre sujeta a sus límites, formalidades y entrega de la documentación pertinente. La subrogación contractual ha de producirse siempre en los estrictos términos acordados en pliego de condiciones del contrato, y en principio debería aceptarse por los propios trabajadores interesados.

²¹ De esta forma, y hasta la más reciente jurisprudencia de 2018, la doctrina del Tribunal Supremo se extractaba, como expone la STS de 7 de abril de 2016 (rec. 2269/2014), en que: “De esta manera, en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - artículo 44 ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/02 , que recoge la doctrina comunitaria-. La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable. Por tanto, **la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable.** Dicho de otra manera: la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata”.

11 de julio de 2018 (C-60/17, asunto SOMOZA HERMO) que va a concluir la aplicabilidad de las previsiones contenidas en el artículo 44 ET cuando el grado de protección previsto en el Convenio Colectivo es menor, puede verse, asimismo, la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/16) que rectifica la anterior doctrina jurisprudencial estableciendo que las conclusiones alcanzadas en ésta serán correctas salvo que el grado de protección que la norma convencional establece sea menor, es decir, y en los términos de la propia sentencia "El convenio colectivo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, no preterirla o empeorarla. Las previsiones convencionales solo rigen "siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario".

No obstante, y a propósito de este último aspecto, el Tribunal Supremo en la última de las sentencias referidas ha establecido una delimitación entre la sucesión de plantillas y la subrogación que opera convencionalmente que BELTRAN DE HEREDIA ha resumido de la siguiente forma²²:

"En efecto, en un primer estadio, la sentencia trata de exponer los elementos que han llevado al TS a distinguir entre la «sucesión de plantilla» (tal y como la ha establecido el TJUE -caso Temco- y ha sido asumida por el TS) y la «sucesión convencional» (tal y como la ha entendido el TS):

- Primero: la sucesión de plantilla. En determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica. Ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar (caso Temco y otras).

²² De muy recomendable lectura es el trabajo de PRECIADO DOMECH, C., BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. Y AGUSTI JULIA, J. "Los fenómenos interempresariales (subrogación, cesión ilegal, subcontrataciones y grupos de empresa)", Actum Fical, nº 143, 2019 donde el segundo de los autores realiza un análisis de la Sentencia SOMOZA HERMO y de la correlativa jurisprudencia del Tribunal Supremo adecuándose a dicha doctrina.

- Segundo: la subrogación convencional. La doctrina jurisprudencial ha establecido que, cuando el nuevo titular de una contrata sustentada exclusivamente en la mano de obra se hace cargo de los trabajadores de su antecesora por imperativo convencional, la naturaleza de la subrogación es estrictamente convencional y es el propio convenio el que debe configurar el régimen jurídico, extensión y límites de ese mandato, sin que dicho supuesto resulte encuadrable en el ET art.44 (entre otras, TS 31 de mayo de 2017, Rec 234/16).

De esta forma, y en la subrogación convencional, operaban los siguientes elementos hasta la última jurisprudencia:

- Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello.
- La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una «sucesión de plantilla» y una ulterior «sucesión de empresa».
- Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo.
- Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva (Dir 2001/23/CE art.8) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (ET art.3.3 y 85.1).

Es decir, no existe posible subrogación con los efectos comunes porque todo lo acaecido deriva de las previsiones del convenio colectivo. Ahora, y tras esta última jurisprudencia (en el caso responsabilidad solidaria de la nueva contratista), es preciso añadir que las partes que negocian los términos de esta subrogación la puedan llevar a cabo en los términos que estimen convenientes, siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario, pero, además, el origen convencional de la asunción de una parte significativa de la plantilla no puede servir para obviar los

efectos comunes de la subrogación empresarial (con asunción de los derechos y obligaciones del empleador saliente).

Ahora bien, la auténtica novedad se produce cuando la STS de 2018 que establece la nueva línea jurisprudencial advierte que en sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial la subrogación no es «automática e incondicionada», sino que «hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes» lo que plantea que el título de ésta (sea convencional o no) no es la clave sino que se ha de atender al concepto de "entidad económica" que es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios y examinar las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), y del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) que son aspectos que han de valorarse para determinar si se ha producido o no subrogación de tal forma que "quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (LEC art.217) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida».

Por lo que el Tribunal Supremo concluye, siguiendo a BELTRAN DE HEREDIA, que:

- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET.
- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.
- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.

En suma que la subrogación vía convencional no es automática, sino que ha de valorarse, en juicio de ponderación, dichos elementos cuando se alcanza una parte esencial de la plantilla en que lo aplicable es el artículo 44 ET, de tal forma, que como expone BELTRAN DE HEREDIA, las reglas subrogatorias previstas en el convenio colectivo son aplicables hasta que se ha asumido una parte esencial de la plantilla. O, dicho de otro modo, por debajo de este umbral, el convenio colectivo es «soberano» para regular la sucesión de plantillas pero no lo es, añadamos nosotros, cuando se supera ese umbral en que las normas subrogatorias responden a los estándares del Derecho comunitario y estatutario español cuando otorgan mayor protección.

Como podemos comprobar dicha nueva doctrina jurisprudencial se va a articular en base a conceptos jurídicos indeterminados “entidad económica”, “parte esencial de la plantilla”, etc. conceptos que, como conocemos, van a depender necesariamente de las circunstancias del caso concreto que analicemos. De ahí precisamente que la jurisprudencia social recaída en torno a este punto no sea uniforme ni homogénea. No puede serlo. Y así si en unos supuestos 3 de 4 trabajadores se ha considerado como parte esencial de la plantilla (STS 5 de marzo de 2019, rec. 2892/2017), en otros supuestos porcentajes del 30%, 50%, 70%, 80%, 84%, etc. han sido los determinantes para considerar que se había producido la asunción de una parte esencial de la plantilla ya que la clave no es sólo el número sino también el cometido y las funciones que se desarrollan por estos trabajadores y si éstos son claves en el desempeño de la actividad (STS de 9 de abril de 2013, rec.1435/2012). En definitiva, no puede darse un criterio definitivo, sino que habrá de atenderse al caso concreto, al papel y las funciones que desarrollan los trabajadores que se asumen, etc.

Y, por último respecto de la última forma aludida al principio de este epígrafe de subrogación en las relaciones laborales, la subrogación prevista en los pliegos contractuales, también planteaban cierta discusión la procedencia o no de esta²³. Supuesto en que había un sentir contrario según se tratase de la jurisdicción contencioso-administrativa que excluía dicha posibilidad (STS de 16 de marzo de 2015

²³ Puede verse al respecto los comentarios a la misma en <http://ignasibeltran.com/2018/01/20/los-pliegos-de-condiciones-no-pueden-imponer-la-subrogacion-cambio-de-doctrina-social/>

rec. 1009/2014) o bien se tratara de la jurisdicción social en que se admitía su aplicabilidad (STS 14 de septiembre 2015, rec. 191/2014). Bien es cierto que, en forma más reciente, la jurisdicción social pareciera haber adoptado otro criterio más coincidente con el mantenido por la jurisdicción contencioso-administrativa (STS 12 de diciembre 2017, rec. 668/2016). De esta forma, esta última sentencia establece que:

“la cuestión de autos se reduce a **dilucidar si la inclusión de las previsiones del art. 120 TRLCSP en el pliego de condiciones del concurso de autos, tras cuya licitación se adjudicó el servicio de mantenimiento a «Fulton Servicios Integrales, SA», tuvo un alcance meramente informativo [tesis de la recurrida] o comportó la imposición de la obligación de subrogarse en los contratos de los trabajadores de la precedente adjudicataria del servicio, «Elsamex, SA»** [conclusión de la referencial]. Y nuestra conclusión es del todo coincidente con la Sala de Castilla/La Mancha, por cuanto que: a).- Para empezar, recordemos los términos en que se expresa el art. 120 LCSP , refiriendo literalmente que «[e]n aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida». b).- La redacción no ofrece más interpretación razonable que la efectuada por la decisión recurrida, puesto que el precepto no hace sino imponer a la Administración pública contratante una obligación, la de informar a los licitadores de una posible subrogación empresarial, que lógicamente ha de ser la impuesta -de concurrir sus presupuestos- por disposición legal o convencional. De esta manera, la norma ofrece cualidad meramente instrumental respecto de una posible obligación sucesoria, por lo que la inclusión de tal información en el pliego de condiciones, no crea obligación alguna para los licitadores en el concurso sino que sólo les informa de las posibles consecuencias laborales de la adjudicación, precisamente cuando las prescripciones legales o convencionales «impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador». c).- Si ya la literalidad de la norma lleva a la referida conclusión, con mayor motivo la misma ha de imponerse cuando la propia

Administración pública codemandada manifiesta -[FJ Cuarto de la sentencia del J/S, con valor de HDP: recientes, SSTS 02/06/16 -rco 136/15 -; 22/06/16 -rco 250/15 -; y SG 26/10/16 -rcud 2913/14 -] que con la inclusión de los datos de los trabajadores en el Anexo no pretendía establecerse obligación subrogatoria, sino proporcionar información, pues no cabe olvidar que en la interpretación de los contratos tiende a deducir la intención común de las partes y que -conforme a la regla subsidiaria prevista en el art. 1282 CC - precisamente para los supuestos en que existan dudas y las mismas no puedan resolverse por las usuales reglas hermenéuticas [gramatical; lógica; sistemática], ha de atenderse -para juzgar de la intención de los contratantes- «a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato» [sin excluir los anteriores: SSTS 30/03/74 Ar. 1208 ; y 12/11/84 Ar. 5548], conjugándolos con los principios de la buena fe y justicia material [STS 30/01/91 - infracción de ley- Ar. 196]» (STS 20/04/17 -rco 192/16 -). Y si quien impuso las condiciones contractuales del concurso -la Administración- manifiesta que simplemente informaba, ante una eventual obligación subrogatoria impuesta por la ley o el convenio colectivo de aplicación, y que no tenía intención alguna de imponerla a la empresa que finalmente resultase adjudicataria, está claro que desconocer esta voluntad contractual no se ajusta a la normativa que se dice infringida.

d).- A destacar -finalmente- que esa función meramente informativa del art. 120 TR LCSP -aplicable en autos se evidencia aún más claramente en la no vigente todavía Ley 9/2017 [8/Noviembre], de «Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014» [BOE 272, de 9/Noviembre/2017], en cuyo art 130.1 se dispone -bajo el epígrafe «Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo»- que «Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación...». Redacción que

pone de manifiesto que las constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto -que la Administración ni tiene porqué conocer ni con la sola información pretende imponer- de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio. Y es reiterada doctrina de la Sala que las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, cumplen una evidente función orientadora, pudiendo «influenciar» el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior (SSTS 22/03/02 -rco 1170/01 -; ... 06/07/16 - rcul 530/14 -; y 29/03/17 -rco 133/16 -).

2. LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEGISLACION DE EMPLEO PÚBLICO EN ESTOS PROCESOS DE REVERSIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS EXTERNALIZADOS.

De nuevo no está de más recordar la primacía del Derecho europeo y de la jurisprudencia del TJUE en este punto dado que la materia referida a la subrogación en las relaciones laborales cuando se produce una sucesión de empresas es un asunto que ha quedado enmarcado en la competencia de la Unión Europea. Y es que la problemática surgida en torno a la subrogación de las relaciones laborales en los procesos de reestructuración del sector público o de reinternalización de servicios públicos ha encontrado importantes escollos en los instrumentos de ordenación del empleo público y fundamentalmente en los límites previstos en la legislación presupuestaria²⁴.

Con referencia a estas limitaciones la problemática se centraba en determinar si era preciso con carácter previo a la subrogación en las relaciones laborales la modificación de las relaciones de puestos de trabajo o de las plantillas, o de si era necesario respetar las tasas de reposición de efectivos, o si era necesaria respetar las limitaciones al crecimiento de la masa salarial establecidas en la legislación presupuestaria o la propia

²⁴ De interés en este punto resulta la consulta del trabajo de LOPEZ CUMBRE, C. (2017), Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público, *Revista Galega de Dereito Social*, N° 3 pags. 101-147

regla de gasto. En estos últimos años, y en torno a estas cuestiones, se ha generado una intensa problemática sobre su aplicación o no a estos procesos. Al respecto, se han mantenido dos posiciones sobre este aspecto.

La primera venía representada por la opinión de la Administración General del Estado que hasta ahora había entendido que estas limitaciones al acceso al personal de nuevo ingreso tienen carácter de norma básica al amparo de los art. 149.1.13.a y 149.1.18.a, y afectan igualmente al personal interino y laboral temporal, y en definitiva son de aplicación a estos procesos de reinternalización de servicios públicos pues suponen también un modo indirecto de aumentar la plantilla de personal de la entidad y podría afectar igualmente a su masa salarial (Informe de 14 de octubre de 2016, en respuesta a una consulta del Ayuntamiento de Ciudad Real y el Informe al Ayuntamiento de Alcantarilla de 24 de julio de 2017). Asimismo se deduce dicha posición de la Nota Informativa Secretaria General de Coordinación Territorial 4 de julio de 2017.

Corroboraba esta posición algunos pronunciamientos jurisprudenciales como el recaído en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo (ROJ 1729/2016), que estimó que no puede procederse a la modificación de la plantilla, subrogándose en las relaciones laborales de los trabajadores del servicio respecto del que se asume su gestión directa, si se incumplen los límites derivados de la tasa de reposición de efectivos²⁵.

Inclusive las enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria de la LCSP por los grupos parlamentarios socialista (enmienda nº 799), ciudadanos (enmienda 422) y grupo mixto (PdCAT enmienda nº 964), avalaban dicha opinión al condicionar la posibilidad de subrogación en las relaciones laborales a que no existiesen limitaciones y restricciones de índole presupuestaria en materia de crecimiento del número de empleados públicos o de su masa salarial²⁶.

²⁵ En el mismo sentido, se deduce de la STSJ de Asturias de 24 de abril de 2017 (rec. 61/2017).

²⁶ En efecto, las enmiendas presentadas a través de la proposición de una Disposición Adicional establecían: “Disposición adicional (nueva). Garantía de la calidad del empleo en los supuestos de internalización de servicios o actividades.

Las entidades que integran el sector público solo podrán acordar la gestión directa, con sus propios medios o a través de una entidad vinculada o dependiente de las mismas con personalidad jurídica propia, de servicios públicos que viniera gestionando con anterioridad un operador económico al amparo de un contrato de servicios, de concesión de obras o de concesión de servicios, en caso de que no existan limitaciones y restricciones de índole presupuestaria en materia de

La posición alternativa derivaba principalmente de otros pronunciamientos jurisprudenciales y, al respecto, cabe señalar que la STS 21 de mayo de 2014 (ROJ 3410/2014) rechazó que las decisiones administrativas referidas a la ordenación del personal tengan prevalencia sobre la aplicabilidad de la subrogación en las relaciones laborales cuando se dan los supuestos establecidos para la misma. Asimismo, puede señalarse la STS de 3 de febrero de 2015 (ROJ 979/2015) que realiza una interpretación restrictiva en la aplicación de las tasas de reposición de efectivos por excepcionar lo dispuesto en el artículo 70 TREBEP argumentando, además, que por esa razón, donde dice 'contratación', "nuevo ingreso", "incorporación", no podemos entender comprendidos un supuesto de cambio en la calificación jurídica de un contrato ya existente. Por último, y en la misma senda, la STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2015 (ROJ 11967/2015) mantendrá que ha de interpretarse restrictivamente esas limitaciones por ser normas que limitan el ejercicio de derechos laborales reconocidos en el ET y en las directivas comunitarias.

Pero, junto a estas decisiones jurisprudenciales, asimismo otros grupos parlamentarios mantuvieron, durante la tramitación parlamentaria de la LCSP, una opinión distinta a los grupos políticos reseñados más arriba no condicionando la subrogación laboral a las citadas circunstancias²⁷.

Y es que la introducción de requisitos añadidos como los que hemos mencionado derivados de la legislación presupuestaria o de empleo público haría prácticamente

crecimiento del número de empleados públicos o de su masa salarial que imposibiliten la sucesión de empresa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o la subrogación de dichas entidades en los contratos de trabajo celebrados por el operador económico que pueda contemplar el convenio colectivo de aplicación.

A tal efecto y previamente a la adopción del correspondiente acuerdo deberá recabarse informe favorable de la Intervención General correspondiente acerca de la existencia de dichas limitaciones y restricciones y de sus consecuencias²⁷.

²⁷ Puede señalarse, a estos efectos, la enmienda de adición (art. 293) presentada por Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos (enmienda nº 161):

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

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

inviabile la recuperación mediante gestión directa de los servicios externalizados y supondría establecer nuevos límites a la aplicabilidad en el Derecho interno de las previsiones establecidas en la norma comunitaria. En opinión de MAURI (2017) que compartimos plenamente²⁸, la oferta de empleo público y el resto de instrumentos organizativos, disponibles por la Administración, no pueden ser un obstáculo a que dichas incorporaciones, por aplicación de la normativa laboral y comunitaria, se produzcan. De hecho, y con estas pautas interpretativas, es como está operando un sector importante de nuestros tribunales. A título de ejemplo, cuando lo que se opone para la integración es el carácter funcional o laboral del puesto de trabajo, puede verse de esta forma las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de septiembre de 2015 (ROJ 3002/2015) y la de 13 de octubre de 2015 (ROJ 3281/2015).

Finalmente la LCSP no aclaró dicho aspecto o al menos se abstuvo de pronunciarse en forma expresa, pero si que se pronunció respecto de este asunto la Disposición Adicional Vigésimo Sexta de la LPGE 2017 que, en su apartado 2º, estableció que: "En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos".

La realidad es que el proyecto originario contemplaba una previsión que ha desaparecido en la redacción final, fruto de una enmienda transaccional²⁹, que flexibilizaba su aplicación cuando la reinternalización del servicio se realizaba en una sociedad mercantil pública, a saber: el computo a efectos de la tasa de reposición de

²⁸ MAURI, J. (2017) "Consecuencias de la remunicipalización...", op. cit., pág. 106 y ss.

²⁹ La enmienda aceptada es la núm. 2387, del G.P. Socialista, realizada al apartado Dos de la Disposición Adicional Vigésimo séptima del Proyecto de Ley, que introduce un "no" simplemente para que no compute en la tasa de reposición de efectivos. La motivación dada a la enmienda es la que sigue: Si bien se regulan de forma específica las responsabilidades cuando se incurre en cesión ilegal de trabajadores, en la disposición adicional trigésima quinta, figura que hay que evitar ya que supone una vulneración de los principios de acceso al sector público, no debe tener como consecuencia una penalización en el ámbito de la gestión, computando como personal de nuevo ingreso para la tasa de reposición. Si se contabilizan, alteran o impide cualquier planificación de recursos humanos mediante la Oferta de Empleo y más si esta Oferta es reducida, como viene siendo el caso en el sector público.

efectivos en el proyecto si computaba en su redacción originaria y no lo hace, pero solo en ciertos supuestos, en la redacción finalmente aprobada. La inclusión de esa previsión en la redacción originaria, y con independencia de la eventual validez de la misma, imposibilitaba de facto, como podrá imaginarse, la viabilidad de dichos procesos. Aunque, francamente, tampoco la redacción finalmente aprobada nos merece mucha mejor opinión.

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

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

Resulta cuando menos sorprendente, dado lo expuesto hasta aquí y la premisa de la que hemos partido, que, si se quiere aplicar el mecanismo subrogatorio en las relaciones laborales sin que compute a efectos de la tasa de reposición de efectivos, no quepa de forma exclusiva la constatación de las circunstancias y requisitos previstos en el artículo 44 del ET, sino que a esa solución solo cabría llegar en el caso

de que mediara una resolución judicial o la realización de un proceso selectivo. Es obvio que, con ello, se añaden límites de dudosa validez a esa potestad de autorganización de los servicios locales más allá de los prevenidos en las normas nacionales y comunitarias.

En su momento, ya mantuve que este tipo de limitaciones normativas para que operase la directiva sería reinterpretada por los tribunales nacionales, o con casi total seguridad por los comunitarios vía cuestión prejudicial, ya que, al menos desde mi punto de vista³⁰, resultaba manifiestamente contraria a las previsiones establecidas en las normas comunitarias de aplicación el exigir un requisito añadido no previsto en las mismas e impedir la natural aplicación de los mecanismos subrogatorios³¹. Por decirlo con mayor claridad, el exigir el cumplimiento de la tasa de reposición de efectivos, cuando acontecen los requisitos previstos en la norma laboral³², para que pueda hacerse efectiva la subrogación en las relaciones laborales no resulta conforme al Derecho europeo. La jurisprudencia europea más reciente, bien es cierto que no referida a nuestro país, creo que ha venido a confirmar esta primera impresión.

En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de junio de 2019 en el asunto C-317/18, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Judicial da Comarca de Faro (Tribunal de Primera Instancia de Faro, Portugal), en el procedimiento entre Cátia Correia Moreira y Municipio de Portimão, ha tenido la oportunidad de abordar la cuestión de si ¿Se opone la legislación de la Unión Europea, en particular la Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2, a una normativa nacional que, incluso en el caso de una transmisión comprendida en el ámbito de la citada Directiva, exige que los

³⁰ Puede verse, a este respecto, CASTILLO BLANCO, F.A., “la reinternalización de servicios públicos: problemas administrativos y laborales”, CEMICAL, Barcelona, 2017 y, con posterioridad, “La problemática reversión de los servicios públicos locales a la gestión directa”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones* núm. 14, 2018.

³¹ Téngase en cuenta, a este respecto, la doctrina establecida en la STC de 5 de marzo de 2018 (rec. amp. nº 5194/2016) que estima que la no valoración del Derecho europeo por los tribunales ordinarios, Directiva y resoluciones jurisdiccionales de interpretación de éste, supone una vulneración del artículo 24 CE

³² De hecho ya surgen opiniones interpretativas respecto de ese apartado argumentando que dicha disposición parece que ha de interpretarse, en forma alternativa y para que adquiera un significado coherente, en el sentido de que el personal incorporado a una sociedad pública como consecuencia de la subrogación en las relaciones laborales si llega a producirse, una vez subrogado, un proceso selectivo presidido por el mérito y la capacidad para ser incorporado como empleado público no se computará a efectos de la tasa de reposición de efectivos siempre que lo sea a un sociedad mercantil pública, lo que de contrario sí sucedería si se incorporase, tras ese proceso, a la Administración o a otra entidad pública.

trabajadores se sometían necesariamente a un procedimiento público de selección y quedaban obligados por un nuevo vínculo con el cesionario al ser este último un ayuntamiento?.

Ciertamente, no se refiere la Sentencia a estos mecanismos concretos a los que nos hemos referido como la tasa de reposición de efectivos, pero creo que la cuestión es perfectamente trasladable ya que, en lo esencial, la sentencia responde a si es conforme al Derecho europeo añadir requisitos por la legislación nacional a lo ya establecido en la correspondiente Directiva. Y es que, como se razona en la Sentencia, no puede interpretarse dicha disposición en el sentido de que, en un ámbito en el que los Estados miembros han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, se permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en dicho ámbito (considerando 62).

De esta forma, y en el caso que se analiza en la Sentencia referida el que la normativa nacional aplicable exigiese que, como consecuencia de la transmisión, una persona como la demandante en el litigio principal, por una parte, se sometiera a un procedimiento público de selección y, por otra, quedara obligada por un nuevo vínculo con el cesionario, se declara en la sentencia que no es conforme al Derecho europeo ya que tales exigencias que, por un lado, modifican las condiciones de trabajo, acordadas con el cedente, de una persona como la demandante en el litigio principal y, por otro, pueden colocar a la trabajadora en una situación menos favorable que aquella en la que se encontraba antes de dicha transmisión son contrarias tanto al artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23 como al objetivo de esta Directiva (considerando 60).

De esta forma, el Tribunal concluirá que:

La Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometían a un

procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario.

Mutatis mutandi creo que se puede deducir, con todas las salvedades que se quieran dada la singularidad del caso y que se trataba de otro país, que las normativas nacionales en aquellas materias en que han cedido competencias a la Unión no pueden lícitamente añadir requisitos adicionales a los que se desprenden de la norma comunitaria. Y, de esta forma, cuando se cumplan los elementos que caracterizan a una sucesión de empresas esta habrá de producirse con los efectos derivados de las previsiones comunitarias.

III. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

1. Subrogación de trabajadores.

Como es notoriamente conocido la legislación contractual de 2017, como había hecho la presupuestaria en paralelo, no dejó pasar la oportunidad para pronunciarse sobre la problemática suscitada. Y lo hizo, increíblemente, con distintos criterios a pesar de tratarse del mismo legislador. De esta forma, en su artículo 130.3, deja claramente establecido 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. Sin embargo, lo cierto es que la ha condicionado a que la misma venga contemplada en una norma legal, en un convenio colectivo, o finalmente, en un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general³³.

La primera cuestión que se suscita es, a partir de cuando esta norma resulta de aplicación, y aquí caben dos soluciones interpretativas: cuando acontece el hecho de la reversión estando la norma en vigor o, alternativamente, si el contrato hubiese sido

³³ Como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 58/09, de 26 de febrero de 2010, Obligación de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes: “La obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista nuevo sucede a otro en ella, no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el sector de actividad laboral de que se trate”. Puede verse, asimismo, la Sentencia del TSJ de Madrid 1793/2011, de 23 de febrero de 2011 (rec. núm. 741/2009).

adjudicado tras la entrada en vigor de la norma contractual. La Disposición Transitoria Primera de la norma de 2017 establece que sólo será de aplicación para los expedientes iniciados a partir de la entrada en vigor de la Ley de forma tal que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior con lo que, a juicio de alguna jurisprudencia, las disposición de este artículo 130 LCSP no sería de aplicación a aquellos procesos de reversión que acontecen estando la norma en vigor pero que fueron adjudicados con anterioridad a ésta (STSJ de Castilla-León de 17 de enero de 2019, rec. 917/2018). No es, ya lo adelanto, una solución que me convenza dado que la subrogación en las relaciones laborales no deriva de los efectos del contrato administrativo que sustenta la prestación del servicio que se reinternaliza.

La nueva norma, incluida en la legislación contractual, deja claro dos aspectos respecto de ciertos puntos que habían planteado alguna problemática: el primero, que la subrogación empresarial no procederá cuando la misma se encontrase prevista en pliegos contractuales exclusivamente sin apoyo en una norma convencional. Utilizando esta nueva redacción como criterio hermenéutico, la STS de 12 de diciembre de 2017 (Rec 668/16) interpreta que: el precepto no hace sino imponer a la Administración pública contratante una obligación, la de informar a los licitadores de una posible subrogación empresarial, que lógicamente ha de ser la impuesta -de concurrir sus presupuestos- por disposición legal o convencional. De esta manera, la norma ofrece una cualidad meramente instrumental respecto de una posible obligación sucesoria, por lo que la inclusión de tal información en el pliego de condiciones, no crea obligación alguna para los licitadores en el concurso sino que sólo les informa de las posibles consecuencias laborales de la adjudicación, precisamente cuando las prescripciones legales o convencionales «impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador»; el segundo aspecto al que me refiero es que la norma si contempla, en forma expresa que esta procede cuando se contemple en normas convencionales (habrá que entender eficaces), bien es cierto que con las matizaciones que tras la sentencia SOMOZA HERMO hayan de realizarse respecto de esta previsión.

En efecto, y en primer término, la norma admite que ésta se produzca cuando así se prevé en una norma legal, pero si es así habremos de preguntarnos ¿Se refiere la norma a una norma con rango de Ley adicional a la previsión ya establecida en el artículo 44 ET?. En mi opinión, ya lo he apuntado, cuando concurra el supuesto previsto en el artículo 44 ET, exista o no una norma legal de carácter especial, la subrogación empresarial será procedente, sin perjuicio de que la norma contractual contemple la posibilidad de establecerlo mediante una norma legal específica por lo que la explicación a dicha previsión puede encontrarse en otro punto.

En efecto, y en segundo lugar, la norma nada aclara expresamente respecto de la sucesión de plantillas que, sin embargo, si podría encontrar acomodo en esa previsión específica de que así lo haya establecido una norma con rango de Ley. En cualquier caso, desde mi punto de vista y como ya ha quedado dicho, este supuesto plantea relevantes dudas en el sector público. Y es que para que la misma opere se exigen varios requisitos, pero uno de ellos, la asunción voluntaria de una parte importante de la plantilla, sin más como una decisión unilateral de la Administración y sin la concurrencia de los requisitos establecidos para la sucesión de empresas³⁴, es al menos cuestionable que pueda acontecer en el sector público con carácter general y respecto de todos los sujetos que lo componen dado los principios y límites que el actuar de los sujetos públicos presenta para la incorporación a las plantillas y puestos de trabajo de trabajadores externos a la misma³⁵. Otra cosa es que dicha decisión voluntaria de subrogación tenga acomodo en una norma con rango de Ley.

Otro aspecto destacable respecto de las previsiones de la legislación contractual es que la misma establece un supuesto de subrogación obligatoria dado que «en caso de que la empresa-adjudicataria anterior fuera un Centro Especial de Empleo, será obligatorio para el nuevo adjudicatario subrogarse como empleador de todos los

³⁴ En efecto, la jurisprudencia recaída en torno a este supuesto ha dejado claramente establecido que se ha de asumir, “de forma duradera”, una parte significativa, en términos cuantitativos y/o cualitativos, de la plantilla (SSTS 7 de diciembre de 2011, RJ 106/12 y 28 de febrero de 2012, RJ 4026). Y que dicha asunción es de carácter voluntario lo que se recoge de forma expresa en los pronunciamientos jurisdiccionales: “obedece a su decisión o conveniencia” (STS 7 de abril 2016, Rec. 2269/2014); “queda en manos de la empresa entrante (...) asumir o no el todo o la mayor parte de la plantilla” (STS 22 de septiembre de 2016, Rec. 1438/2014).

³⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2016) “Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho*, núm. 17, también realiza matizaciones a la aplicabilidad de estos supuestos a las administraciones públicas. Opina la citada autora que en aquellos supuestos en que dicha obligación viene derivada del Convenio Colectivo o de los Pliegos de Condiciones no vincularían a la Administración.

trabajadores con discapacidad», plasmando así la jurisprudencia de la Sala Cuarta sentada en las STS 10 de octubre de 2012 (Rec. 3803/11) y 18 de diciembre de 2012 (Rec 414/12).

Por último, el tercer aspecto al que hemos de referirnos respecto de la legislación contractual es que es importante reseñar aquí, tras lo expuesto con anterioridad, que el artículo 130.6 de la LCSP que preveía un régimen específico a establecer imperativamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares que, según este párrafo, 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, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquéllos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último puede quedar en entredicho por contradecir las previsiones del Derecho europeo. Y es que la exención de la obligación del pago de las deudas por salarios y cotizaciones a la nueva empresa contratista, a diferencia de lo previsto en el artículo 44 ET, incluso aunque esta última se subrogue en los contratos de los trabajadores podría constituir una garantía menor a la establecida en el Derecho europeo de acuerdo con lo establecido en la sentencia SOMOZA HERMO.

2. Contratos de servicios.

En relación con los contratos de servicios, distintos como es conocido a los contratos de gestión de servicios públicos, el art. 308.2 LCSP 2017 contempla la siguiente previsión a su extinción, «no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista».

La cabal comprensión del precepto exige tener en cuenta distintas consideraciones. La primera es que la "ratio" del precepto no es otra que impedir los supuestos de cesión ilícita de trabajadores y en esos términos debe ser entendida, es decir, que los responsables administrativos de los distintos servicios de organismos públicos se

abstengan de realizar actos que puedan dar lugar a la misma. La segunda es que el término empleado, "consolidación", no parece que haya de entenderse referido a que no puedan seguir prestando servicios, sino más bien, como ha indicado MELLADO, a que lo que se pretende evitar es su consolidación como personal de la Administración, verbigracia, que no podría considerarse personal de plantilla -ni siquiera interinamente- sino vinculado a la gestión de ese servicio que, en su día, podría pasar a depender de un nuevo contratista privado lo que, como fácilmente se comprenderá, de nuevo plantea toda un conjunto de interrogantes sobre cuáles serían las condiciones laborales a aplicar conforme a tal naturaleza del vínculo como abordaremos en el siguiente epígrafe.

Así lo ha confirmado la STSJ de Galicia de 5 de mayo de 2017 (rec. 551/2017) que explica, ciertamente respecto de la legislación contractual anterior pero cuyo precepto obedecía a la misma "ratio" que:

"No es óbice para ello que el artículo 301.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establezca que: "A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante", pues en ningún caso se ha solicitado la citada consolidación, no constando en el relato de hechos probados con qué tipo de contrato estaba vinculada la actora con la codemandada Clece S.A., pero si el mismo fuera de naturaleza fija o fija discontinua, la entidad demandada, que para el acceso del personal a su servicio debe convocar las correspondientes pruebas selectivas, mediante procedimientos reglados y con respeto de los principios de igualdad, capacidad y mérito establecidos en los artículos 14, 23 y 103 de la Constitución Española, puede integrarla como personal indefinido no fijo o indefinido no fijo discontinuo, vinculación que no produce consolidación, ya que el vínculo contractual perdura tan sólo hasta que se cubra o amortice la plaza, es decir, en cualquier caso la administración demandada vendría obligada a convocar la plaza que ocupe la trabajadora o a amortizarla".

IV. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES SUBROGADOS.

Es esta una última cuestión de necesaria discusión respecto de las situaciones problemáticas que estos procesos plantean y es que, hasta el momento, no se puede apuntar una conclusión definitiva a esta relevante circunstancia respecto de la que hay asimismo soluciones alternativas. Distinto problema y como ya apuntábamos, y no menor, son las condiciones laborales en que éstos se integran³⁶.

La primera posición mantiene, al menos así lo ha concluido alguna jurisprudencia, que la situación en la que habría de calificarse a estos trabajadores procedentes de contrata que se internalizan en la Administración pública u otros entes públicos sería la de personal indefinido no fijo³⁷. Pueden verse, entre otros, los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: STSJ de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2011 (rec.1693/2011); SAN de 29 de octubre de 2013 (ROJ: 4545/2013); STSJ de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014 (ROJ: 502/2014); STSJ de Canarias, Tenerife, de 22 de diciembre de 2014 (ROJ: 4136/2014); o, por citar un último pronunciamiento, la STSJ de Murcia de 15 de febrero de 2016 (ROJ: 247/2016). Asimismo, la doctrina laboralista también se había mostrado, con carácter general, favorable a dicha conclusión³⁸.

³⁶ Y respecto de la que también hay cierta conflictividad jurisdiccional. Me remito a la entrada de BELTRAN, I., Sucesión de empresa: últimas novedades jurisprudenciales internas y comunitarias (2016 a 2018), <http://ignasibeltran.com/2018/04/05/sucesion-de-empresa-ultimas-novedades-jurisprudenciales-internas-y-comunitarias-2016-a-2018/>

³⁷ De anomalía jurídica califica tal figura MONEREO PÉREZ, J.L., “Las reestructuraciones en el sector público...”, op. cit. pág. 245 y añade que produce una enorme tensión entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo ¡Y, adviértase, que en el marco de un orden jurídico global conjuntamente vulnerado!

³⁸ Por todos puede verse DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2016) “Problemas laborales...”, op. cit., que expone que: “Lo cierto es que hace tiempo que la doctrina judicial encontró respuesta para resolver esta contradicción que plantea la sujeción de la Administración a la normativa laboral. La figura del indefinido no fijo en la Administración Pública se diseñó judicialmente para los trabajadores que han de incorporarse a la plantilla de una Administración Pública en aplicación de las normas laborales – las que disponen, por ejemplo, la conversión en indefinidos de los trabajadores contratados fraudulentamente como temporales–. Se trata de trabajadores permanentes que no han adquirido la «fijeza», la condición de fijo de plantilla (y en consecuencia carecen de derecho al puesto), porque no han accedido al mismo de conformidad con el procedimiento reglamentario establecido para los puestos de carácter permanente.

Esa misma solución sería aplicable para estos casos en los que la incorporación a la plantilla de ente público se produce ex art. 44 ET. A esta conclusión no se opone el art. 91 LBRL ni el art. 301.4 RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), que prohíbe «la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante». Debe recordarse que este precepto va referido a los contratos de servicios y no a los de gestión de servicios públicos, a los que se reconducen la mayoría de los supuestos que se analizan. La referencia a la consolidación, por otra parte, podría interpretarse como una prohibición de incorporar con carácter definitivo a este personal en la plantilla municipal sin someterla a los procedimientos de acceso reglamentarios pero no necesariamente

En cualquier caso, no creo que sea la solución más adecuada. No es tan solo el desconcierto que ha provocado, y sigue provocando, el régimen jurídico de tal figura en las entidades públicas sin perjuicio de la constitucionalidad de la misma y de que dicha figura de creación jurisprudencial no parezca contraria a la Directivas europeas que se ocupan del fraude en la contratación laboral³⁹, sino que seguiremos propiciando que ésta se convierta en un verdadero cajón de sastre al que van a parar todos aquellos supuestos en que se produce un conflicto entre las previsiones del Derecho laboral y los principios de acceso al empleo público. Y ni todos los supuestos son idénticos ni tampoco las causas por las que se producen son iguales⁴⁰. Desde luego no puede equipararse una situación de absoluta normalidad en el desarrollo de la relación laboral, que es la que resulta de la aplicación del artículo 44 ET, con la derivada del fraude y el abuso en la contratación temporal.

En este sentido, al menos en mi opinión, cuando dicho proceso se produce ex lege, vía artículo 44 ET, por concurrir las circunstancias que ameritan la sucesión de empresas, no alcanzo a comprender porqué ha de variar el régimen jurídico de los trabajadores pasando de ser trabajadores "fijos" a trabajadores eventuales y, por tanto, precarios por mucha calificación de "indefinidos no fijos" que quiera dárseles. En definitiva, realizando una novación objetiva, y no solamente subjetiva, en el contrato de trabajo que

como un obstáculo insalvable para su incorporación en los términos propuestos. Tampoco es determinante, en la medida en que tiene el valor de una mera recomendación, la DA 1a RDL 20/2012 que dispone que «Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos».

³⁹ La doctrina jurisprudencial sobre el trabajador indefinido no fijo ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en los Autos 122/2009, 124/2009 y 135/2009. Asimismo, la cuestión de las "medidas legales equivalentes", derivada de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio que establece la obligación del Estado de prever una serie de medidas para desincentivar el encadenamiento de los contratos ha sido analizada en particular en las Sentencias del TJCE de 7 de septiembre de 2006, Asuntos C-53/04 (caso Marrosu y Sardino) y C-180/04 (caso Vassallo), de las que cabe concluir que el TJCE entiende que una normativa nacional que no reconoce la conversión del contrato en indefinido, pero que establece "normas imperativas respecto a la duración y renovación de los contratos de duración determinada y el derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo por la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada" parece ser ajustada a la citada Directiva.

⁴⁰ Mi postura, en esos casos, de fraude ha sido bastante clara desde hace años. Puede verse, a este respecto, "Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público: a propósito de los contratos temporales en el sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 86, 1995.

determina un estatuto laboral distinto, y mas perjudicial para el trabajador, al que tenían en la empresa cedente. La conversión de "fijo" a "indefinido no fijo" con la consiguiente mutación de la relación laboral en perjuicio de la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados supone, desde mi punto de vista, una privación de derechos que no es resarcida de forma suficiente, sino antes bien al contrario.

MAURI (2017), que también es crítico con dicha opción, opta por la figura, que haciendo suya la denominación de SOTO RIOJA⁴¹, denomina trabajador subrogado y cuya consecuencia principal es la de mantener, como quiere la Directiva europea, las mismas condiciones laborales que tiene el trabajador afectado por dichos procesos que no ve así alterado su estatuto jurídico, sino que simplemente pasa a prestar sus servicios a un nuevo empleador en este supuesto de carácter público bien es cierto que sin la condición de empleado público⁴².

La solución, ciertamente, ya se había apuntado por nuestro Tribunal Supremo en los procesos de reestructuración del sector público andaluz en que se planteaba un cambio de empleador público, bajo distinta fórmula organizativa en la misma organización⁴³, pero que, a nuestro juicio, son perfectamente trasladables a estos

⁴¹ Citado por MAURI la referencia corresponde a DE SOTO RIOJA, S. (2015), "Sucesión de empresas y de contratos: puntos críticos de la regulación y del tratamiento convencional", en CRUZ VILLALON, J. (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 619.

⁴² MAURI MAJÓS, J., "Consecuencias de la...", op. cit., pág.114.

⁴³ Baste señalar, a este respecto, la STS de 17 de febrero de 2016 (rec. 3944/2014) en que se debatía si las normas que abordaron la reorganización del Sector público Andaluz y que habían dado lugar a la integración de las empresas públicas extinguidas en Agencias de nueva creación, con la consecuencia de que ese personal, seleccionado en su día por normas de Derecho Privado, había pasado al empleo público sin someterse a pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de ofertas públicas, eran contrarias a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, el Tribunal expone que:

"Esos datos impiden apreciar en la integración aquí controvertida, regulada por esas disposiciones adicionales tercera y cuarta del Decreto 99/2011, un acceso al empleo público que merezca ser calificado de gratuito, ilegal o injustificadamente discriminatorio. No es ilegal porque, por un lado está amparado en lo que establece la Ley 1/2011 (disposición adicional cuarta 1.b) y, por otro, es coherente con lo establecido en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores .

Tampoco es gratuito, arbitrario o injustificadamente discriminatorio, porque pretende cohonestar la nueva configuración del sector público de Andalucía, dispuesta por el legislador autonómico, con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en las entidades o empresas públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida; y porque la integración no supone ningún plus adicional al "status" laboral que antes poseía el personal integrado, al quedar circunscrita, como ya se ha señalado, a la Agencia que ha sucedido en su actividad a las entidades o empresas públicas suprimidas, y no permitir a dicho personal pasar por vías excepcionales a la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

La conclusión que se deriva de lo anterior es que esa integración aquí polémica dispuesta por el Decreto 99/2011 no puede considerarse contraria al derecho reconocido por el artículo 23.2 CE, en su vertiente de acceso a la función pública; pues no afecta a los miembros del sindicato recurrente en esta casación que ya son funcionarios de carrera o

supuestos en que, asimismo, si bien hay un empleador privado (el cedente) se produce el mismo negocio jurídico pues de lo que se trata es de un cambio en las formas de gestión de los servicios públicos.

La contradicción que dicha posición supone con respecto a lo prevenido en la disposición adicional primera del EBEP que, como se sabe, hace aplicables a las sociedades de capital público los principios relativos al acceso al empleo público previstos en el artículo 55 EBEP pueden salvarse en la medida en que dichos trabajadores no gozan de la condición de empleado público que, como resalta, la STS de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014 (ROJ 502/2014), sería la circunstancia clave para entender de aplicación dichas previsiones. En la sentencia de apelación se trata de determinar si la circunstancia de ser la empresa sucesora una sociedad mercantil de titularidad pública permite inaplicar la regla del art. 44 ET según la cual el nuevo empresario queda subrogado "*en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior empresario*" o si, como consecuencia de la normativa aplicada en la sentencia recurrida, se produciría una novación impropia que afectaría a la naturaleza del contrato, pasando de fijo a indefinido "no fijo" concluyendo que no es posible. De dicho razonamiento extrae la natural consecuencia de la integración en la sociedad pública de dichos trabajadores sin que obste a ello las previsiones establecidas en el EBEP⁴⁴.

personal laboral fijo de la Junta de Andalucía, y tampoco significa, por lo ya dicho, una desigualdad de trato que, por carecer de justificación razonable, merezca la calificación de discriminatoria respecto de los empleados de esas entidades que sean funcionarios interinos o personal laboral temporal".

⁴⁴ Explica, en este sentido, la sentencia referida que:

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

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

Y es que, de nuevo hemos de reiterarlo, estos procesos de reestructuración de las formas de prestación de los servicios públicos, en que son de aplicación las Directivas Comunitarias atinentes a esa materia, las mismas presuponen la aplicación preferente de las mismas frente al derecho interno (STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106/77) y, por consiguiente, la inaplicación de lo prevenido en dicha disposición adicional primera ya que éstas no contemplan excepción alguna a la conservación de las situaciones preexistentes, que impliquen una novación objetiva de la relación laboral, en base al sistema selectivo que rige en el empleo público⁴⁵. Se trata en estos supuestos de simple y llana transposición y aplicación directa del artículo 1.1 de la Directiva 2001/23 /CE, de 12 de marzo.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de junio de 2019 en el asunto C-317/18, de la que ya nos hicimos eco páginas atrás, ha venido a confirmar, en mi opinión, esta segunda opción.

En cualquier caso, y aún cuando resulte más apropiada sin duda alguna esta última opción, nos encontramos ciertamente frente a una nueva figura, una nueva categoría laboral también en sus inicios de creación jurisprudencial⁴⁶, con perfiles todavía

de derecho público que les sea de aplicación, sin que existan norma alguna que permita inaplicar a estas sociedades la mencionada norma estatutaria”.

Y sigue argumentando, de esta forma, que:

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

⁴⁵ Puede consultarse, respecto de este punto, SALA FRANCO, T. (2015), “El acceso al empleo público laboral”. ARÍAS DOMÍNGUEZ, Angel; RODRIGUEZ MUÑOZ, José Manuel (coords.). Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis. Navarra, Aranzadi, p. 30-31.

⁴⁶ Bien que discutida en su aplicación por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que entendieron, entre otras la STSJ Andalucía de 29 de octubre de 2012 (ROJ: 9369/2012), que: “De esta forma la integración del personal laboral procedente de las entidades extinguidas no se produce sino como personal laboral sometido al Estatuto Básico del Empleado Público, norma que tiene el carácter de Básico, de manera que no cabe hablar de una categoría especial como sería el personal laboral que procedente de la aplicación del art 44 del Estatuto de los trabajadores , es decir por razón de sucesión de empresas, resultase sometido a la regulación propia del Estatuto de los trabajadores y Convenios Colectivos de aplicación. Tal posibilidad resulta descartada pues no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico”.

desdibujados y que, sin querer hacer profecía alguna, a buen seguro nos traerá nuevos motivos de análisis.

Difícil, delicado, y habremos de añadir nuevo y complejo campo de juego en el empleo público en el que, junto al personal laboral EBEP y el personal laboral de sociedades públicas y fundaciones, habremos de añadir el personal laboral indefinido no fijo en los supuestos que proceda dicha calificación y, en el caso de la subrogación en las relaciones laborales, estos trabajadores "privados", carentes de la condición de empleados públicos, y sujetos a su propio régimen jurídico pero que, no puede olvidarse, prestan servicios en el sector público y perciben sus retribuciones del mismo. Creo, francamente, que habrá que buscar una más adecuada solución a este aparente galimatías. Al menos a futuro y seguidamente lo abordamos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿CÓMO SE PODRÍA RESOLVER ESTE COMPLEJO ASUNTO DE LA SUBROGACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES DE SERVICIOS PREVIAMENTE EXTERNALIZADOS?

Hasta aquí se han expuesto los principales debates, no todos debe aclararse⁴⁷, que se han suscitado como consecuencia de los procesos de reversión a la gestión directa de los servicios locales. La cuestión con la que deseo concluir es ¿cómo evitar los problemas derivados de dichas situación? Y, fundamentalmente, ¿Cómo superar los problemas que se plantean derivados de los principios que rigen el acceso al empleo público?.

Ya he dejado apuntado, páginas atrás, que no me convencen las soluciones aportadas⁴⁸. Tanto la situación del personal indefinido no fijo como la del trabajador subrogado no empleado público no merecen otro juicio que insuficientes y

⁴⁷ Y es que, en efecto, la problemática que se plantea es mucho más prolija y detallada. Baste señalar los problemas derivados de la conservación de derechos de los trabajadores subrogados, pero el análisis exhaustivo de los mismos excedería de la extensión de este trabajo.

⁴⁸ Parecida convicción pueden encontrarse en el trabajo de TREVIÑO PASCUAL, M. (2017), "Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 47

problemáticos remedios a las situaciones que plantea la sucesión de empresas cuando se trata de sujetos pertenecientes al sector público.

De ahí que me atreva a apuntar una posible vía de solución. En mi opinión las soluciones que se arbitren han de venir de la mano de preservar los bienes jurídicos que están en juego, a saber: la estabilidad en el empleo, por un lado, y el acceso al empleo público mediante mecanismos que garanticen la publicidad, el mérito y la capacidad. Y si esto es así ¿porqué no operar como acontece en la normativa sobre contratación pública?. Me explico.

Como es conocido la normativa contractual pretende proteger diversos principios: transparencia, integridad, concurrencia, igualdad y no discriminación, etc. Para lograrlo, y como es suficientemente conocido, el ámbito subjetivo de aplicación de estos principios no se ciñe estrictamente a lo que comúnmente entendemos como Administraciones públicas, sino que por el contrario el artículo 3 de la LCSP 2017 establece sucesivos círculos de aplicación que sirven para determinar dos cosas: qué parte de la Ley se aplica a cada una de las entidades y cuál es la naturaleza del contrato, administrativo o privado. Lo cual tendrá, a su vez, importancia en lo referente a la intensidad del control, tanto el que se realiza a priori por los órganos de intervención como el que se efectúa a posteriori por el Tribunal de Cuentas e incluso la diferencia que existirá entre el control de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la jurisdicción civil.

La pregunta, por tanto, sería la siguiente: ¿cabría operar, y dado de que se trata de servicios públicos locales prestados mediante gestión indirecta, pero en los que el poder público mantiene la titularidad del servicio, exigiendo a las empresas concesionarias de tales servicios que el personal que preste servicios en esas contrata sea seleccionado con arreglo a los principios que rigen el acceso al empleo público?.

Las ventajas de responder afirmativamente a dicha cuestión, tras lo expuesto a lo largo de estas páginas, me parecen evidentes y nos permitirían obviar los graves inconvenientes que presentan las soluciones que en la actualidad están sobre la mesa.

BIBLIOGRAFIA.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (1992) *Manual de Administración local*, Comares, Granada.

BALLINA DÍAZ, D. (2015), *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal entre el Derecho público y el Derecho privado*, INAP.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2017), "Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma", *IUSLabor*.

PRECIADO DOMECH, C., BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. Y AGUSTI JULIA, J. (2019) "Los fenómenos interempresariales (subrogación, cesión ilegal, subcontrataciones y grupos de empresa)", *Actum Fical*, nº 143.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2017), *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, CEMICAL (Diputación de Barcelona), Barcelona.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2018), "La problemática reversión de Los servicios públicos locales a la gestión directa", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones*, Nº 14.

DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2014), "Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la Ley núm. 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 2 (nueva época).

DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2016) "Problemas laborales en la "remunicipalización" de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho*, núm. 17.

DÍAZ LEMA, J.M. (1994), *Los monopolios locales*, Montecorvo.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2017), "Aspectos laborales de la reversión de los servicios públicos" *RTSS* nº 407, 2017.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J. (1995) *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Civitas-Ayuntamiento de Gijón, Navarra.

FERNÁNDEZ PRIETO, M. (2017), "Reordenación de Servicios Públicos y reversión al municipio. Aplicación de la Directiva 2001/23/CE" *RTSS*, nº 417.

FLORES DOMINGUEZ, L.E., (2017) , "Privatizaciones y remunicipalizaciones: experiencias en el Ayuntamiento de Sevilla" *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69.

GARCIA RUBIO, F. (2017), "Pros y contras jurídico-administrativos de la reinternalización", en el volumen colectivo *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión* (coordinado por Tomas Font i Llovet y Juan José Díez Sánchez), Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid.

GÓMEZ ALVAREZ, T. (2002): "Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el art. 1.1 c) de la Directiva 23/2001. La interpretación del TJCE y de los Tribunales Españoles", *Relaciones Laborales*. nº 8.

LOPEZ CUMBRE, C. (2017), Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público, *Revista Galega de Dereito Social*, Nº 3 pags. 101-147

MARTINEZ FERNÁNDEZ, J.M. (2017), La remunicipalización de servicios, *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 9

MARTINEZ FERNANDEZ J.M. y ORTEGA JIMENEZ, P. (2013), Sucesión de empresas y cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública, Número extraordinario de la Revista de Estudios Locales, 2013.

MAURI MAJÓS, J. (2017), "Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 49

MONEREO PÉREZ J.L. y BERNAT, J., (2017) "La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión de empresa (el caso Píscarreta Ricardo)", *La Ley Unión Europea*, nº 53.

MONTOYA MARTIN, E. (2014), "Reestructuración de la administración instrumental y de estructuras asociativas: lecciones aprendidas y estrategias", en *La reforma del Sector Público* (Dir. Castillo Blanco, F.A.), Instituto García Oviedo, Sevilla.

MONTOYA MARTÍN, E. (2014), "Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización sostenibilidad de la Administración Local", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 36.

ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2015), «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9,

RIVERO YSERN, J.L. (2010), *Manual de Derecho local*, Civitas, 6ª ed

ROJO TORRECILLA, E. (2015), "Dº del Trabajo y empleo público. Reflexiones sobre jurisprudencia del TS y aportaciones del magistrado Manuel Ramón Alarcón"

[http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/el-derecho-del-trabajo-y-el-
empleo.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/el-derecho-del-trabajo-y-el-empleo.html).

TREVIÑO PASCUAL, M. (2017), "Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 47 .