

¿Qué cambios en la gestión de los servicios públicos pueden implicar subrogación del personal? Una visión administrativista

Eva M.^a Menéndez Sebastián

*Catedrática acreditada de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit Premio «Estudios Financieros» 2018** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Raúl Leopoldo Canosa Usera, don Borja Carvajal Borrero, don Nicolás González-Deleito, doña Blanca Lozano Cutanda y don Joaquín Sarrión Esteve.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

En los últimos tiempos asistimos a lo que ha dado en llamarse una «vuelta a lo público» en la gestión de los servicios públicos, especialmente en el sentido de su reversión. Ello, unido a la reducción de entes del sector público, a efectos de cumplir con el objetivo de déficit público, ha provocado cambios que han llevado a problemas laborales, entre los que cabe destacar la posible aplicación de la sucesión empresarial –propia del Derecho del Trabajo– al ámbito del sector público, en lo que ha tenido una posición destacada la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Sin embargo, el tema trasciende una mera visión laboralista del asunto, siendo imprescindible tener en cuenta una multitud de normas propias del Derecho Administrativo, que tienen incidencia en la materia y que ponen de manifiesto la complejidad que subyace a todo ello.

Palabras clave: servicios públicos; remunicipalización; sucesión de empresa; contratos; racionalización del sector público; subrogación de personal.

Fecha de entrada: 03-05-2018 / Fecha de aceptación: 10-07-2018

What changes in the management of public services can involve subrogation of staff? An administrative vision

Eva M.^a Menéndez Sebastián

ABSTRACT

In recent times, the so-called «return to public management» in public services –specially regarding reversion–, together with the reduction of entities in public sector in order to accomplish deficit restrictions, are producing changes that imply labor problems. Among them is the application of Labour Law's construction regarding managerial succession to public sector, mainly led by the Social section of Supreme Court. Nevertheless, the issue transcends a pure labour view as it is essential to take into account a great deal of Administrative Law regulations. The underlying complexity is demonstrated hereby.

Keywords: public services; managerial succession; remunicipalization; contracts; public sector rationalization; staff subrogation.

Sumario

- I. Planteamiento
- II. La complejidad del marco jurídico aplicable: Una diversidad de normas a tomar en consideración
 1. Previsiones contenidas en la normativa laboral
 - A) La flexible interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido haciendo de la Directiva 2001/23/CE
 - B) Algunas previsiones esenciales del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación por el Tribunal Supremo
 2. Efectos laborales de la racionalización y reestructuración del sector público
 3. ¿La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 supone un freno a la aplicación de la sucesión de empresa en las Administraciones públicas?
 4. La apuesta por una interpretación de la Ley de Contratos del Sector Público coherente con la normativa laboral
- III. A modo de conclusión

Referencias bibliográficas

NOTA: Este trabajo se incardina en la labor desarrollada al amparo del proyecto *Respuestas jurídicas ante los riesgos derivados de las transformaciones en la Administración: demandas sociales y protección del e-ciudadano*, ref. DER2015-68256-R, dirigido por el profesor Leopoldo Tolivar Alas.

Cómo citar este estudio:

Menéndez Sebastián, E. M.ª (2018). ¿Qué cambios en la gestión de los servicios públicos pueden implicar subrogación del personal? Una visión administrativista. *Revista Ceflegal*, 213, 85-122.

I. PLANTEAMIENTO

Aunque hay distintos problemas de tipo laboral que pueden derivar de ciertos cambios en la forma de gestión de los servicios públicos, quizás uno de los más destacados es el referente a la sucesión de empresa.

El origen de esta cuestión, que tantos problemas genera, se encuentra en la evolución de la intervención de la Administración y, en general del Estado, en la sociedad y, en particular, en la economía¹. Pues una de las instituciones en que más repercusión ha tenido precisamente ese cambio en el modo de intervención es, y ha sido, el servicio público, que se ha visto agravado en los últimos tiempos por la vuelta a lo público², en el sentido de que servicios hasta ahora prestados a través de contratos, pasan a ser ejecutados por la propia Administración.

Y es que, la situación económica y la necesidad de frenar el endeudamiento y recortar el déficit público ha llevado a un importante recorte del sector público³, en el sentido de racionalizar la diversidad y multiplicidad de entes existente en el mismo, buscando ante todo la eficiencia⁴.

Esa idea llevó también a importantes reformas jurídicas, especialmente en el ámbito de la Administración local⁵. Y, en general, todo ello ha provocado trascendentes cambios en la gestión de los servicios públicos, y, con ello, repercusiones de tipo laboral, por lo que al personal que presta esos servicios se refiere. A uno de ellos se dedica este trabajo.

Para encuadrar el tema correctamente, es preciso hacer una brevísima mención también a las diversas modalidades de gestión de los servicios públicos y los cambios que en las mismas se pueden llevar a cabo.

Así, de forma sucinta, cabe recordar que se viene distinguiendo en nuestro sistema entre la gestión directa y la indirecta. En la primera caben a su vez distintas modalidades, bien que la prestación del servicio la haga la Administración titular del mismo con sus propios medios, o

¹ Y ello, porque, como es bien sabido por todos, una de las características esenciales del Derecho administrativo es su evolución en función del contexto sociopolítico y económico imperante en cada momento, como tan gráficamente ya indicara Prosper Weil. Así, en función de lo que la propia sociedad demanda del Estado, este interviene en la misma de un modo u otro.

² A la que ha dedicado un interesante trabajo Wollmann (febrero de 2013, pp. 70-80).

³ Véanse, entre otros, Alfonso Mellado (febrero 2011) o Cantero Martínez (febrero de 2012, pp. 7-39).

⁴ Respecto a este fenómeno véase, por ejemplo, Rodríguez Escanciano (septiembre de 2015).

⁵ A este respecto Sospedra Navas (octubre de 2014, pp. 174-188).

bien que la lleve a cabo a través de lo que se conoce como «medio propio», es decir, una entidad con personalidad jurídica diferente, pero dependiente y vinculada a la Administración matriz y sobre la que la esta ejerce un control equiparable al que tiene sobre sus servicios propios. Así, cabe mencionar las agencias, los organismos autónomos o las entidades públicas empresariales, de un lado, que son Administración instrumental, y, de otro, diversos entes del sector público que no tienen tal consideración, como las fundaciones, sociedades mercantiles, asociaciones, etc.

Por lo que a la gestión indirecta se refiere, en la misma existe un contrato, a través del cual se le adjudica la prestación del servicio a la empresa contratista. En la actualidad, al desaparecer el contrato de gestión de servicio público con la nueva Ley de Contratos del Sector Público, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (LCSP, en adelante), se han de canalizar a través de los contratos de concesión de servicios, cuando hay riesgo operacional, y por medio de los contratos de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía, cuando no concurre el mismo.

Partiendo de esta clasificación, las opciones de cambio que conllevan dudas respecto al personal que venía realizando las prestaciones son considerables, tanto del paso de la gestión indirecta a la directa, por ejemplo, con la reversión del servicio, como a la inversa, la externalización del servicio, o, incluso, los cambios dentro de cada una de estas formas, es decir, el paso dentro de la gestión directa de un ente a otro o el paso dentro de la gestión indirecta de un contratista a otro.

Esta variedad de supuestos va acompañada a su vez de una importante diversidad de normas aplicables, que se pasan a exponer seguidamente con la finalidad de clarificar el marco jurídico del tema en cuestión.

II. LA COMPLEJIDAD DEL MARCO JURÍDICO APLICABLE: UNA DIVERSIDAD DE NORMAS A TOMAR EN CONSIDERACIÓN

Como se ha podido deducir hasta el momento, la tipología de supuestos es muy amplia.

Así, una de las mayores dificultades que entraña la cuestión aquí tratada se refiere a la multitud de normas que es preciso tomar en consideración y la necesidad de que las mismas confluyen en una interpretación coherente del sistema y con cierta seguridad jurídica.

A mi juicio, a pesar de la dificultad que esta tarea entraña, creo que, en línea de principio, no resulta absolutamente imposible encontrar un punto de confluencia en que las diversas perspectivas presentes se armonicen. Y no olvidemos que hay que tener en cuenta no solo la normativa laboral, sino también la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, modificada por la Ley 6/2018, de 3 de julio (en adelante, LPGE 2017), el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante, TREBEP), la LCSP, las normas de racionalización del sector público, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL), la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), etc.

1. PREVISIONES CONTENIDAS EN LA NORMATIVA LABORAL

Pero es preciso comenzar precisamente por la normativa laboral que, en cierto modo, es de la que traen causa las dudas existentes en este ámbito.

Tanto el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, ET) como el artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, prevén la sucesión de empresa, que es la cuestión clave en este tema, es decir, ¿es aplicable a las Administraciones? O mejor dicho, ¿en qué supuestos en que se produce un cambio en la forma de gestión cabe hablar de sucesión de empresa y, por ende, de subrogación del personal?

A) La flexible interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido haciendo de la Directiva 2001/23/CE

Una primera cuestión crucial, aunque, a mi juicio, no resuelta con claridad, es el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE. La misma dice literalmente que «se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión». Y que a tales efectos, se entenderá que se produce dicho traspaso cuando el mismo sea el de «una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio».

De otro lado, la directiva se refiere expresamente tanto a las empresas públicas como privadas, si bien dicha terminología ha sido matizada por el propio TJUE, sobre la base de no poder hacerse una interpretación literal, dado que no todos los Estados disponen de las mismas nociones al respecto.

No obstante, aunque es del todo lógico, tampoco se puede perder de vista que la misma norma excluye expresamente la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas.

Es decir, de su literalidad todo apunta a que cuando estamos en el ámbito de las Administraciones públicas la aplicación de la directiva es dudosa o que, cuando menos, en este ámbito es preciso hacer ciertas matizaciones. Si bien en la práctica se ha tendido a darle el mismo tratamiento que al resto de supuestos, en gran medida.

De este modo, la primera cuestión que a mi juicio debe tenerse en cuenta en la interpretación de la directiva, por mucho que el propio TJUE haya querido flexibilizar su campo de actuación, es la finalidad de la propia norma, es decir, la razón por la que la misma contiene la citada previsión.

Y a este respecto es la propia directiva, como bien recuerda el TJUE en diversas sentencias sobre la materia⁶, la que en su considerando 3 precisa que su objetivo es proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, manteniendo sus derechos.

Partiendo de ello, resulta necesario hacer una primera reflexión. Y es que, a mi juicio, no puede equiparse con carácter general una sucesión de empresa en el ámbito privado, es decir, un cambio de empresario, donde tiene lógica que se mantengan los derechos de los trabajadores, es decir, que el cambio de empresario, si se mantiene la «empresa» –como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio–, no implique poder dejar en peor situación de la que estaban a los trabajadores, incluso en ocasiones con ánimo defraudatorio, que lo que es en puridad la decisión de la Administración de cambiar la forma de gestionar un servicio público. Pues, como ya se ha visto, es el propio ordenamiento jurídico –si bien en la actualidad con mayores restricciones–⁷, el que concede esa potestad de elección a la Administración.

Entiendo, pues, que se trata de dos cuestiones distintas con dos normativas diferentes, por más que en algún supuesto puedan confluír o asemejarse. Partir de la premisa de que en cuanto se produce un cambio en el sujeto que presta un servicio público a la ciudadanía –o incluso un servicio a la propia Administración–, son aplicables la directiva y el artículo 44 del ET, a mi juicio, supone desconocer que, en efecto, muchas de las instituciones que cuentan en el Derecho administrativo con una normativa específica tienen su origen o encuentran semejanzas con instituciones similares en el Derecho privado; es el caso, de los contratos administrativos, de la responsabilidad patrimonial, etc., pero que, no obstante, disponen de su propia normativa por la necesaria adaptación a las peculiaridades de la Administración⁸.

Así, del mismo modo que cuando nos encontramos con una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, no aplicamos el artículo 1.902 del Código Civil, sino que acudimos a las Leyes 39 y 40/2015, entiendo que no siempre que aparentemente una figura propia de otra rama del Derecho, como pueda ser la sucesión de empresa del Derecho laboral, encaje en alguna de las actuaciones de la Administración, sea necesariamente aplicable.

Y no olvidemos que si el Derecho administrativo existe como disciplina separada de otras, es precisamente por la necesidad de adaptar el Derecho común a las particularidades de la Administración, lo que dio lugar al origen mismo de esta rama del Derecho y lo que justifica que

⁶ A este respecto véanse, entre otras, las SSTJUE de 26 de noviembre de 2015, caso *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) contra Luis Aira Pascual y Otros* (TJCE\2015\283); y de 20 de julio de 2017, caso *Luis Manuel Píscarreta Ricardo contra Portimão Urbis, E.M., S.A., en liquidación y otros* (JUR\2017\200816), entre otras.

⁷ Me refiero con ello a las limitaciones para recurrir a los medios propios que ha introducido la LCSP o las restricciones que en esa elección se imponen en la redacción actual de la LBRL, tras la última reforma.

⁸ A este respecto resulta imprescindible la obra de Martín-Retortillo Baquer (1996).

tenga sus propias reglas. Afirmación que puede encontrarse en cierto modo en alguna STJUE en relación a ciertas particularidades⁹.

A mi juicio, esta premisa es fundamental, porque, como ya he avanzado, no cualquier cambio en el sujeto que presta un servicio va a suponer necesariamente una sucesión de empresa del artículo 44 del ET. Empezando porque la Administración no actúa por regla general –aunque puede hacerlo en determinados casos– como una empresa, sino que es una persona jurídica cuya finalidad es estar al servicio de la comunidad, no realizar una actividad económica, por más que en determinados supuestos pueda ser así.

No olvidemos que cuando la propia directiva define el traspaso al que la misma es aplicable, habla de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

Y la Administración, como ya se ha dicho, no tiene por finalidad realizar una actividad económica, sino que debe garantizar la prestación de ciertos servicios a los ciudadanos, lo que puede hacer con sus propios medios o mediante la gestión indirecta por vía contractual.

En esta línea, debemos atender a lo que el propio TJUE ha dicho respecto al concepto de «actividad económica», dado que mantiene que se aplica a cualquier actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado, excluyendo por principio las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, mientras que los servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo, pueden ser calificados de «actividades económicas» a efectos del artículo 1 de la directiva¹⁰.

Por tanto, de aquí ya podemos extraer una serie de consecuencias: en primer lugar, que no todo tipo de servicio puede considerarse actividad económica, quedando claramente excluidos aquellos que suponen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, que, por otro lado, precisamente no pueden ser gestionados de forma indirecta mediante la adjudicación de un contrato¹¹.

⁹ Así, y aunque en cuanto a la remuneración y, en concreto, la posibilidad de reducir las mismas por aplicación de la normativa de función pública, cuando se trata de una sucesión entre una entidad de Derecho privado, en ese caso un asociación sin ánimo de lucro, y el propio Estado, si bien afirma que deberá interpretarse esa normativa a la luz de la finalidad de la directiva. Repárese que en este caso, a mi juicio, más parece un supuesto de cambio dentro de lo que en nuestro sistema sería la gestión directa, pasando de una asociación a la propia Administración. Se trata de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 11 de noviembre de 2004, caso *Johanna Maria Delahaya contra Ministro de Función Pública y Reforma Administrativa*, (TJCE\2004\388).

¹⁰ Por ejemplo, apartado 34 de la sentencia de 20 de julio de 2017, caso *Luis Manuel Piscarreta Ricardo contra Por-timão Urbis, E.M., S.A., en liquidación y otros* (JUR\2017\200816).

¹¹ Como bien determina el artículo 17 de la LCSP, respecto a los contratos de servicios y el artículo 284.1 de la misma norma en cuanto a los contratos de concesión de servicios.

Sin embargo, de otro lado, surge una duda con relación a qué tipo de actividad o servicios se está refiriendo el TJUE cuando exige que se trate de servicios que se presten «en competencia con los ofrecidos por otros operadores». Si se refiere solo a aquellos que están liberalizados, en los que la Administración puede intervenir a través de empresas públicas, que se someten a las mismas reglas o, por el contrario, encajarían también los servicios públicos en sentido clásico, siempre que sean susceptibles de explotación económica por los particulares, en términos del propio artículo 284.1 de la LCSP.

Aunque de las palabras empleadas por el propio TJUE la cuestión no queda clara, sí parece que de sus resoluciones puede deducirse la aplicación a ambos tipos de supuestos, si bien cada sentencia es preciso analizarla en el contexto que se produce¹². Y tener en cuenta que al Derecho comunitario le es ajeno nuestro concepto clásico de servicio público.

En todo caso, deja claro lo que excluye, es decir, aquellos que están fuera del mercado porque no son susceptibles de explotación económica por operadores privados, por ejemplo, los que conllevan ejercicio de autoridad. Y sin perder de vista que la misma de forma expresa excluye también la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades administrativas. Supuestos que sería imprescindible precisar, dado que, a mi juicio, algunos de los casos que se presentan y a los que la jurisprudencia comunitaria entiende que, en su caso, se les podría aplicar la directiva, resulta cuando menos dudoso que no se encuentren dentro de dicha excepción, como se irá viendo.

De todo ello se desprende la complejidad del tema y la dificultad de saber con certeza a qué tipo de actividades económicas se refiere la directiva y el propio TJUE. Más cuando, como ocurre a mi juicio, el propio TJUE ha venido flexibilizando su propia postura al respecto¹³.

¹² Así, por ejemplo, en la sentencia de ADIF, no debemos olvidar que se trata de una entidad pública empresarial que a su vez externaliza el servicio o contrata con una empresa la actividad que le es inherente a su propia actividad, como ponen de relieve; es decir, se trata de la actividad propia de ADIF, algo que difiere de aquellos supuestos en que hablamos de la reversión de un servicio, por ejemplo, a una entidad local, más aún si se trata de un servicio no a terceros sino para el propio funcionamiento de la Administración en cuestión. En cuanto a la citada sentencia, véase el comentario de Fuertes López (2016) (BIB 2016/738). Es más, en dicha sentencia se habla de «empresa pública», cuando realmente ADIF es una entidad pública empresarial y, por ende, Administración pública.

¹³ Así, por ejemplo, el TJCE en su Sentencia de 15 de octubre de 1995 (caso *Annette Henke contra Gemeinde Schierke y otros*, [TJCE\1996\182]), aunque bien en cuanto a la directiva anterior, excluyó del ámbito de aplicación de la misma el traspaso de competencias entre un municipio y un grupo de municipios, entendiendo que se trataba de una reorganización administrativa, una transferencia de funciones entre Administraciones, para «actividades propias del ejercicio del poder público» y que «aun suponiendo que estas actividades incluyeran aspectos de carácter económico, estos solo podrían ser accesorios». Esto llevaría a excluir, por ejemplo, el traspaso de funciones dentro de las distintas formas de gestión directa, por ejemplo, entre una entidad pública empresarial y una Administración o un organismo autónomo, pues no dejan de ser Administraciones. Aunque, a mi juicio, dicha postura se ha venido flexibilizando e incluyendo supuestos de este tipo. Así puede verse ya en su Sentencia de 26 de septiembre de 2000 (caso *Didier Mayeur contra Association Promotion de l'information messine [APIM]*, [TJCE\2000\212]), donde a mi juicio, y aunque son supuestos distintos, ya tiende a extender el ámbito de aplicación, dado que en puridad y aunque en el primer supuesto fuera el traspaso de funciones de un municipio a un grupo de municipios y en el segundo de una asociación de Derecho privado a un municipio, no dejan de ser distintas formas de gestión directa, en cierto

En todo caso, entiendo igualmente importante una serie de matizaciones que, en línea de conseguir clarificar el ámbito de aplicación de la norma, hace el TJUE, muchas de ellas en el seno de cuestiones prejudiciales, en las que se limita a analizar si el supuesto podría caer dentro del campo de actuación de la directiva, pero remitiendo al juez de cada Estado la apreciación de si concurren o no en el caso concreto los requisitos que la misma establece¹⁴.

Y es que dicho tribunal, entre otras cuestiones, ha afirmado que la mera cesión o traspaso de la actividad no implica estar ante un supuesto del artículo 1 de la directiva, es decir, el hecho de que la actividad ejercida por distintos sujetos sea similar o incluso idéntica no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica, dado que la misma no puede reducirse a la actividad que se ha encomendado, sino que ha de resultar 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 se dispone¹⁵.

Esta afirmación se hace, entre otras, en una sentencia que alude a un supuesto de reversión del servicio de limpieza para un ayuntamiento. Es decir, de la decisión por el mismo de no externalizar mediante un contrato de servicio dicha actividad –que, por otro lado, es instrumental, en el sentido de prestarse para ella misma y no para terceros, si bien a ese aspecto no le presta atención el TJUE–¹⁶. Pero también en otras¹⁷, donde se trata de una gestión de servicio a través de una empresa pública¹⁸.

Otro aspecto importante a tener en consideración es la referencia que puede encontrarse en la jurisprudencia comunitaria a que no se excluye necesariamente la aplicación de la directiva por el hecho de que el cesionario sea un organismo de Derecho público, pero, no es menos cierto, que también afirma que hay que atender, entre otras circunstancias, al tipo de empresa de

modo, pues en el segundo la asociación había sido creada para esa finalidad. Por tanto, hay que tener en cuenta que precisamente el artículo 1 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero, 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 centros de actividad, no hacía precisión alguna respecto a la aplicación o no a las Administraciones, matización que sí hace la directiva de 2001, aunque bien es cierto que el ámbito de aplicación, a mi juicio, sigue siendo un campo abonado a las dudas, pues ni los términos empleados son idénticos en todos los Estados, ni parece que el propio TJUE se ciña a lo establecido de forma literal.

¹⁴ Esta matización me parece necesaria, puesto que en muchos de esos supuestos el TJUE no dice que se produzca una sucesión en el caso concreto, sino que podría darse de cumplirse los requisitos, lo que es algo distinto.

¹⁵ Apartado 41 de la STJUE, de 20 de enero de 2011, caso *CLECE, SA contra María Socorro, Martín Valor y otros* (TJCE\2011\4).

¹⁶ No obstante, esta nota característica que ha venido diferenciando los contratos de servicios de los contratos de gestión de servicio público se diluye en la nueva LCSP, donde el rasgo que define a las concesiones de servicios, junto a la explotación –que no obstante también cabe ahora en los de servicios–, es el riesgo operacional.

¹⁷ Por ejemplo en la sentencia citada del asunto CLECE.

¹⁸ Es el caso de la citada sentencia del caso Piscarreta.

que se trate¹⁹. Y es aquí donde, a mi juicio, no es siempre aplicable de igual modo, pues considero que no es lo mismo que se trate de cambios dentro de la gestión directa a través de algún organismo, que cuando hay una reversión a la propia Administración.

Resulta, por tanto, imprescindible analizar todos los aspectos del caso concreto, y no extrapolar sin más algunas afirmaciones contenidas en las resoluciones del TJUE a cualquier tipo de cambio en la forma de gestión. Así, los supuestos que podemos encontrar son variados e, incluso, creo que puede afirmarse que las soluciones dadas por el TJUE también lo son; a modo de ejemplo, se pueden encontrar supuestos de reversión del servicio en que se entiende que no cabe la sucesión de empresa y otros en que parece admitirla²⁰. Aunque, a mi juicio, la diferencia en esos supuestos viene de las distintas circunstancias, en particular, de que se haya producido *de facto* la transmisión de la «empresa» y, de forma particular, de que la propia Administración haya asumido o no la subrogación de plantilla, algo que en la actualidad queda proscrito por nuestro propio ordenamiento, como se verá al analizar la LPGE 2017.

Otra cuestión respecto a la jurisprudencia comunitaria, que considero es esencial para encuadrar el tema, es la referente a que el TJUE en sus sentencias deja claro que para existir identidad en la sucesión debe atenderse al conjunto de elementos del caso concreto y a que dicho vínculo entre los diversos factores ha de ser funcional, es decir, que permite al cesionario utilizar estos para desarrollar una actividad idéntica o análoga aun cuando con posterioridad estén integrados en una nueva estructura organizativa diferente²¹. Lo determinante es el cumplimiento del requisito de identidad²².

¹⁹ Aunque bien es cierto que el TS recientemente ha aceptado sin mayor problema la aplicación del artículo 44 del ET a un supuesto de reversión a la propia Administración de un contrato de servicios (STS de 20 de febrero de 2018 [núm. 53/2018], Sala de lo Social), no obstante, a la doctrina del citado tribunal me referiré seguidamente al analizar el artículo 44 del ET y su aplicación práctica.

²⁰ Así, por ejemplo, cuando se trata de reversión de un servicio a un ayuntamiento, como es el caso del asunto CLECE, no viene considerando que sea aplicable el artículo 1 de la directiva, sobre el argumento ya indicado de que no basta con que se produzca una transferencia de la actividad, sino que debe haber una identidad en cuanto a la empresa que se trasfiere. Sin embargo, por lo que se refiere a otros supuestos en que también se trata de una reversión a la Administración, en este a un ayuntamiento, como es el caso de la STJUE de 29 de julio de 2010 (caso Federación de Servicios Públicos de la UGT [UGT-FSP] contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y otros [TJCE\2010\241]), también respecto a la actividad de limpieza, aunque se habla de concesión de servicio público, y siendo ambos supuestos de nuestro país, no debe entenderse que el tribunal afirme que necesariamente se produce la sucesión, y especialmente hay que tener en cuenta una diferencia fundamental entre ambos casos, dado que en el segundo de ellos es el propio ayuntamiento el que asume voluntariamente la integración de la plantilla. Aunque a mi juicio y siguiendo la propia doctrina del TJUE, el único elemento del personal no tiene por qué dar lugar a una sucesión real de empresas, si no, no cabe deducirlo del conjunto de circunstancias y elementos, por mucho que la actividad se base fundamentalmente en la mano de obra, como es el caso del sector de limpieza o la atención a personas dependientes (STS, Sala de lo Social, de 7 de junio de 2016, rec. núm. 2911/2014).

²¹ Así puede leerse en el apartado 44 de la sentencia Piscarreta.

²² En relación con este aspecto, véanse, entre otras sentencias, las del TJCE de 18 de marzo de 1986, caso *J.M.A. Spijkers contra Gebroedes Benedik Abattoir C.V.* (TJCE\1986\65); de 11 de marzo de 1997, caso *Ayşe Süzen contra Zehnacker*

Si bien hay supuestos en que ha reconocido que no es imprescindible la transferencia de importantes activos materiales, cuando se trata de actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra²³.

A mi juicio, lo determinante es ver en cada caso si con el conjunto de elementos que se transfiere es suficiente para desarrollar la actividad de forma autónoma, es decir, en el sentido funcional ya indicado.

Otra cuestión es el elemento causal de la transmisión, que a mi juicio también ha sido interpretado de forma flexible, por cuanto realmente la directiva se limita a mencionar la cesión contractual o fusión²⁴, pero son muchos otros los supuestos en los que el TJUE ha admitido esa transmisión, imponiéndose además, desde el primer momento, la interpretación finalista de la norma²⁵, por lo que viene a admitir que no es necesario vínculo contractual entre cedente y cesionario y permitiendo que la transmisión se haga a través de prácticamente cualquier negocio jurídico. Por lo que, entre otras cuestiones, se integra dentro del ámbito de aplicación la sucesión entre distintos contratistas de la Administración²⁶.

De otro lado, no es desdeñable la referencia a la actividad económica que le es propia, surgiendo a mi juicio a este respecto dos dudas en el ámbito de las Administraciones. En primer lugar, si cabe entender realmente que cuando una Administración rescata o revierte a ella un servicio público podemos entender que al prestarlo de forma directa realmente estamos ante una actividad económica que le es propia, por las razones ya antes expuestas.

Y de otra parte, mayores dificultades, sin duda, pueden encontrarse cuando de lo que hablamos es del rescate o reversión de un servicio que no se presta a los ciudadanos, sino que se trata de servicios a la propia Administración, que mediante un contrato se han externalizado temporalmente.

Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice (TJCE\1997\45); de 20 de noviembre de 2003, caso *Abler y otros contra Abler y otros* (TJCE\2003\386); de 15 de diciembre de 2005, caso *Nurten Güney-Görres y otros contra Securicor Aviation (Germany) Ltd y otros* (TJCE\2005\406). Y del TS, Sala de lo Social, haciéndose eco de dicha jurisprudencia, la de 18 de septiembre de 2014 (RJ\2014\4953), rec. núm. 130/2013, sobre sucesión de empresa a través de la segregación de la actividad de transporte ferroviario de mercancías a tres empresas filiales con transmisión lícita y real de los medios humanos y materiales necesarios para desarrollar las actividades segregadas (Renfe Operadora).

²³ SSTJCE *Hernández Vidal y otros*, de 10 de diciembre de 1998, caso *Carlito Abler y otros contra Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH*; de 20 de noviembre de 2003 (TJCE\2003\386); o de 13 de septiembre de 2007, asunto Mohamed Jouini, entre otras.

²⁴ Así entiende la Sala de lo Social del TS, por ejemplo, en la Sentencia de 26 marzo 2014 (RJ\2014\2778), donde afirma que para que opere la directiva es preciso que se den dos elementos: uno causal, de la transmisión, cesión contractual o fusión, y otro objetivo: empresa, centro de actividad o partes de centro de actividad.

²⁵ Así, puede verse ya en la TJCE de 7 de febrero de 1985, caso *Abels*, 135/1983.

²⁶ Es evidente que entre ellos no existe relación contractual, no obstante, con la interpretación flexible y expansiva del TJUE se ha venido admitiendo este tipo de supuestos, véase, por ejemplo, lo dicho en la sentencia de 25 de enero de 2001, caso *Oy Liikenne Ab contra Pekka Liskojärvi y otros* (TJCE\2001\22).

El ejemplo típico es el de la limpieza de los edificios de la propia Administración contratante, un sector, este, que por lo demás es muy proclive a la sucesión de empresa y subrogación del personal, dado que se basa en gran medida en la mano de obra²⁷ y suele venir establecida por convenio.

Es más, no olvidemos que en supuestos de este tipo que se han planteado ante el TJUE, este ha venido entendiendo que no se produce la sucesión, es el caso de la sentencia CLECE; aunque, al contrario, el TS en una reciente sentencia de 20 de febrero de 2018, sí se ha aceptado la aplicación del artículo 44 del ET ante la reversión de un contrato de servicios, en este caso, de restauración colectiva que incluía, entre otras prestaciones, la limpieza. Por entender que se produce la transmisión de un conjunto organizado de medios, entre ellos, los que eran propios de la Administración, a lo que me referiré más detenidamente al hablar de la LCSP.

B) Algunas previsiones esenciales del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación por el Tribunal Supremo

Por lo que se refiere al artículo 44 del ET, tras la modificación oportuna, se adapta a lo dicho en la directiva y prevé literalmente que «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente».

A tales efectos «se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria». Y que, como bien ha indicado el TJUE, se trata de una entidad económica organizada de forma estable y no para una obra determinada²⁸, que le permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio y que sea suficientemente estructurada y autónoma²⁹.

²⁷ Así, por ejemplo, podemos verlo en la STS núm. 1037/2017, de 20 de diciembre de 2017, Sala de lo Social, rec. núm. 335/2016, donde se produce la sucesión de empresa en este ámbito por efecto del convenio colectivo aplicable, pero no por concurrir los requisitos del artículo 44 del ET. De tal modo que, por ejemplo, ello conlleva que al no ser de aplicación dicho precepto, la única responsable frente al impago de los salarios previos al cambio sea en exclusiva la empresa anterior. De este modo, la citada sentencia reitera la doctrina de otras, como la de 7 de abril de 2016, rec. núm. 2269/2014 o la de 10 de mayo de 2016, rec. núm. 2957/2014. En la misma línea, por ejemplo, la STSJ de Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Social, núm. 670/2004, de 14 de junio de 2004, rec. núm. 670/2004.

²⁸ STJCE de 13 de septiembre de 2007, caso *Mohamed Jouini*, apartado 31. De lo que se hace eco también el TS en sentencias como la núm. 503/2016 de 8 de junio de 2016 (RJ\2016\4407), rec. núm. 224/2015, asunto Banco Sabadell, SA.

²⁹ STJCE de 10 de diciembre de 1998, caso *Hernández Vidal y otros*.

Para comprender la posible aplicación de esta norma a las Administraciones, a mi juicio, es esencial partir de la premisa ya indicada, en cuanto a que la finalidad de la Administración no es desarrollar una actividad económica, la prestación de servicios no es necesariamente la actividad propia de esta y además existen muchos matices diversos en la gestión directa e indirecta y, sin duda, en los servicios que se le prestan a la misma. Aspectos todos ellos que es necesario tener en cuenta, siempre además con la idea última de una interpretación teleológica, es decir, la finalidad de la norma, que no es otra que preservar los derechos de los trabajadores cuando se produce un cambio de titularidad de la empresa.

Teniendo en cuenta esto, es oportuno analizar la interpretación que ha hecho el TS de dicho precepto con carácter general, así como, en particular, en cuanto a su aplicación en el sector público.

Así, en primer lugar, todo apunta, como ha indicado algún autor, a que la normativa laboral mencionada³⁰ ha optado por un concepto de «empresa-organización» y no de «empresa actividad», lo que conlleva que no sea suficiente la transferencia de la actividad sino también que se transmitan los elementos que caracterizan o suponen la base de actuación de la entidad³¹. En conclusión, se trata de que si lo transmitido posee enjundia bastante como para arrastrar consigo al trabajador, este ha de verse protegido³².

Este primer aspecto es determinante, por cuanto ello implica que de por sí una modificación en la forma de gestión de un servicio o un cambio del contratista que lo presta no tiene por qué conllevar una sucesión de empresa, pues en esos supuestos puede tratarse únicamente de la transferencia de una actividad³³.

Aunque recuérdese que, según ha determinado el TJUE, hay supuestos en los que se entiende determinante la mano de obra³⁴, otros en que juega un papel a considerar la transferencia de elementos inmateriales como la clientela³⁵, etc. En todo caso, a mi juicio, como bien viene sosteniendo también el TJUE, debe hacerse una valoración de conjunto³⁶. Doctrina recogida también por nuestro TS³⁷.

³⁰ Directiva y ET.

³¹ En palabra de Salcedo Beltrán (2007).

³² Sempere Navarro (2007).

³³ Es decir, lo esencial, desde este punto de vista, como bien ha indicado Sempere Navarro (2007) es que las variaciones en la titularidad patrimonial de la empresa dejan indemne al contrato de trabajo.

³⁴ Como sucede en el ámbito de la prestación del servicio de limpieza, véase, por ejemplo, la STJCE de 24 de enero de 2002, caso *Temco Service Industries SA contra otros y otros* (TJCE\2002\29).

³⁵ STJCE de 20 de noviembre de 2003, caso *Carlito Abler y otros contra Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*, (TJCE\2003\386).

³⁶ Entre muchas otras, en la STJCE de 15 de diciembre de 2015, caso *Nurten Güney-Görres y otros contra Securicor Aviation (Germany) Ltd y otros* (TJCE\2005\406).

³⁷ Por ejemplo, en las SSTs, Sala de lo Social, de 12 de diciembre de 2002 (RJ\2003\1962); de 7 de noviembre de 2005 (RJ\2006\2575), rec. núm. 3515; de 29 de mayo de 2008 (RJ\2008\4224); de 9 de diciembre de 2014 (RJ\2015\1769);

Lo que se transmita debe ser una unidad de producción susceptible de actividad separada, un conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de explotación económica independiente y capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado³⁸, como ha venido determinando la jurisprudencia, que se produzca la entrega real de todos los factores esenciales de la empresa o centro de actividad, capaces de asegurar la continuidad del conjunto de sus elementos, tanto el técnico como el organizativo y patrimonial, o, cuando menos, conlleve el traspaso de elementos susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional³⁹, lo que habrá que examinar en cada caso concreto⁴⁰, de ahí que –aunque es cierto que la tendencia en la jurisprudencia es una cierta flexibilización–⁴¹ en ocasiones las soluciones diversas no se deben a un cambio de criterio sino a las circunstancias distintas de cada supuesto.

Y es que podemos encontrar sentencias en las que una reversión del servicio ha sido considerada como una sucesión de empresa⁴² y otras en las que no⁴³, aunque, insisto, ello no necesariamente implica un cambio de parecer, aunque también en ocasiones, sino la apreciación de circunstancias diversas en ambos casos. No obstante, lo cierto es que todo apunta a una mayor flexibilización o cuando menos a una admisión con mayor facilidad de la sucesión en estos casos en los últimos tiempos⁴⁴, en gran medida derivada de la ya citada jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, en cuanto a la causa jurídica de la transmisión, ya que a su juicio lo relevante es que esta exista realmente⁴⁵.

En lo que aquí interesa, puede resumirse la postura del TS en que lo determinante para saber si se produce o no una sucesión empresarial, con independencia de que exista o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la

la núm. 503/2016, de 8 de junio de 2016 (RJ\2016\4407), rec. núm. 224/2015, asunto Banco Sabadell, SA; o la núm. 938/2016, de 10 de noviembre de 2016 (RJ\2016\5879), rec. núm. 3520/2014, asunto Teksilón España, SL, entre otras.

³⁸ F. J. quinto de la STS de 27 de octubre de 1994, Sala de lo Social (RJ\1994\8531).

³⁹ A este respecto véanse algunas sentencias como la de la Sala de lo Social del TS de 16 de julio de 2003 (RJ\2003\6113), donde haciéndose eco de lo dicho ya en su sentencia de 27 de octubre de 1986, afirma que para hablar de sucesión de empresa debe darse «la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales [...] que permite la continuidad de la actividad empresarial». O la sentencia núm. 991/2015, del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1.ª, de 11 de diciembre de 2015 (AS\2016\124).

⁴⁰ Véase López Villalba (2016).

⁴¹ Así, en opinión de algún autor, es excesiva dicha flexibilización, es el caso de Salcedo Beltrán (2007).

⁴² Así, recientemente, la STS de 20 de febrero de 2018 (núm. 53/2018), Sala de lo Social.

⁴³ Es el caso, por ejemplo, de la STS, Sala de lo Social, de 14 de abril de 2003.

⁴⁴ Aunque hay casos en que se produce el proceso a la inversa, siendo la Administración la cedente, por ejemplo, en la STS de 12 de diciembre de 2002, Sala de lo Social (RJ\2003\1962). Un supuesto similar, aunque con criterio distinto, es el de la STS de 25 de octubre de 1996, Sala de lo Social (RJ\1996\7793).

⁴⁵ Así lo afirma en el F. J. octavo de la sentencia de 26 de marzo de 2014 (RJ\2014\2778), si bien en el caso concreto, que se refiere a Telemadrid, entiende que no se produce dicha transmisión.

empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad⁴⁶.

A tales efectos, además, viene sosteniendo el TS que en aquellos sectores (por ejemplo, limpieza, y vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario no solo continúa con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior⁴⁷.

Por contra, si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y este asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

A mi juicio lo relevante debe ser poder contestar afirmativamente a la siguiente cuestión: ¿con lo transmitido, es suficiente para desarrollar la actividad en cuestión que le es propia, en el sentido de ofrecer servicios en el mercado?

Será, por tanto, imprescindible tanto conocer y comprobar en el caso concreto si los elementos transmitidos suponen el mantenimiento de la identidad y con ellos puede prestarse la actividad, así como qué es en su caso lo que aporta la cesionaria, por ejemplo, la organización, el *know how*, etc., sin que sea suficiente que continúe con la actividad, por ejemplo, cuando hablamos de sucesión de contratistas con la Administración⁴⁸; además, del tema, nada sencillo, de los medios aportados por la propia Administración –al que me referiré más adelante–, pues recuérdese que la postura general de la jurisprudencia, tanto comunitaria como española, es prescindir del tema de quién es propietario de los mismos⁴⁹.

De otro lado, en cuanto al tema de estar la Administración presente, podría afirmarse, a mi juicio, que en la mayor parte de los casos ese dato no es relevante para el TS, quien analiza en cada supuesto si se produce, a su juicio, la transmisión. Así, hay casos en que, en efecto, ha entendido que la misma no se produce; por ejemplo, la STS de 12 de julio de 2016, rec. núm. 349/2015, o la de 9 de diciembre de 2016, rec. núm. 1674/2015, en cuanto a ayuda de comedor en colegio pú-

⁴⁶ Especialmente, a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (RJ\2004\7162), rec. núm. 4424/2003 y (RJ\2004\7202), rec. núm. 899/2002, reiteradas por la de 29 de mayo de 2008 (RJ\2008\4224), rec. núm. 3617/2006.

⁴⁷ STS, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2015 (RJ\2015\1714), rec. núm. 358/2014.

⁴⁸ A este respecto destaca la STS, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2015 (RJ\2015\471), rec. núm. 14/2015.

⁴⁹ Así, por ejemplo, respecto a la irrelevancia de la propiedad, véase la STS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2012 (RJ\2012\4970), rec. núm. 199/2010, sobre el caso del Grupo PRISA.

blico que pasa a ser asumida por el propio centro. Sin embargo, en otros sí aprecia que se dan los requisitos y, por ende, la sucesión⁵⁰.

De otra parte, entiende que por regla general ni la contrata ni la concesión administrativa son por sí mismas unidades productivas a efectos del artículo 44 del ET, sino que dependerá de que en el caso concreto se produzca la transmisión efectiva⁵¹, o lo imponga la normativa o el convenio correspondiente^{52 53}, no así, como ya queda claro, el pliego⁵⁴.

Con carácter general, puede decirse que para el TS ni la sucesión de contratos o concesiones administrativas ni la reversión por sí solas constituyen sucesión de empresa si no van acompañadas de la transmisión de elementos patrimoniales y de personal necesarios para que encajen en el artículo 44 del ET⁵⁵.

No obstante, a mi juicio, uno de los mayores problemas que se plantean es el tema de que precisamente un indicio de ello sea el traspaso de medios que hace la propia Administración⁵⁶, pues no debe olvidarse, como más tarde se verá, que en ocasiones es consustancial a las concesiones la puesta a disposición de bienes de la Administración, que revierten a la misma, tras finalizar el contrato.

⁵⁰ Así, por ejemplo, recientemente, la STS núm. 53/2017, de 20 de febrero.

⁵¹ Por ejemplo, STS, Sala de lo Social, de 27 de junio de 2008, rec. núm. 4773/2006, o la de 29 de mayo de 2008, rec. núm. 3617/2006.

⁵² STS, Sala de lo Social, de 18 de marzo de 2013, rec. núm. 1810/2012, entre muchas otras.

⁵³ Así, por ejemplo, en cuanto a la imposición por vía convencional, propia de sectores como el de la limpieza, la recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, etc. y la obligación de información, véanse, entre otras, las SSTS, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2014, rec. núm. 1054/2013, o la de 31 de marzo de 2016, rec. núm. 2282/2014.

⁵⁴ Por ejemplo, en cuanto a la interpretación del anterior artículo 120 del TRLCSP, véase la STS, Sala de lo Social, de 12 de diciembre de 2017, rec. núm. 668/2016.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia núm. 644/2016 de 12 de julio (RJ/2016/3391), en la que se considera que no hay sucesión de empresa por la asunción directa por el instituto de enseñanza del servicio de comedor, cuya actividad pasa a prestarse por personal del centro y voluntarios, sin que haya habido transmisión de plantilla ni asunción de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoría.

⁵⁶ Por ejemplo, véase la STS, Sala de lo Social, núm. 688/2017, de 19 septiembre (RJ/2017/4481), rec. núm. 2832/2016, en que se entiende que procede la sucesión de empresa en el caso de reasunción por el Ministerio de Defensa del servicio de cocina y restauración que había sido externalizado a una empresa, con la recuperación conjunta de los elementos productivos y de las infraestructuras que previamente habían sido puestas a disposición de la contratista por la propia Administración, haciéndose eco de la STJUE de 26 de septiembre de 2015, caso *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF)* (TJCE/2015/283), aunque a mi juicio no cabe extrapolar sin más la doctrina de dicha sentencia a cualquier supuesto de reversión del servicio, pues en puridad en el caso se trata de una entidad pública empresarial, ADIF –aunque en la sentencia se habla de empresa pública–, que externaliza el servicio y más tarde lo recupera. La citada STS cuenta con el voto particular de la magistrada doña Rosa María Virolés Piñol, que entiende que no procede, en línea con la Sentencia de 12 de julio de 2016, ya citada.

Además, como expondré al hablar de la LPGE 2017, el propio ordenamiento jurídico parece prohibir a la Administración la subrogación voluntaria del personal, con lo que realmente quedaría desactivada la sucesión de empresa del artículo 44 del ET, salvo que se confunda la causa con la consecuencia, como luego diré.

Finalmente, resulta interesante tener en cuenta también lo establecido en la disposición adicional decimosexta, referente al despido colectivo en el sector público; no obstante, se analizará en el epígrafe siguiente, donde se comprenderá mejor y al que cabe remitirse.

2. EFECTOS LABORALES DE LA RACIONALIZACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Una vez examinado el marco general de la cuestión, desde la perspectiva del Derecho laboral, es imprescindible tener en cuenta otras normas, propias del Derecho administrativo, donde se prevé la cuestión, no siempre en la misma dirección ya indicada, pero que, no obstante, cabe recordar que, a mi juicio, son aplicables con carácter preferente al tratarse de normas especiales destinadas a las Administraciones de forma particular.

Así, las propias normas que reorganizan el sector público prevén las consecuencias en el ámbito laboral –con las dificultades propias del ámbito local⁵⁷, optando en algunos casos por la integración del personal, si bien con diferentes consecuencias y de distinto modo en función del tipo de personal de que se trate y también del tipo de entidades.

No obstante, la tónica general es la previsión del respeto en esa integración de los principios de igualdad, mérito y capacidad, algo ratificado por el TC en su Sentencia 236/2015, de 19 de noviembre⁵⁸. Integración que, por otro lado, en ocasiones se remite al propio artículo 44 del ET, pero, a mi juicio, no tanto por entender que en puridad es una sucesión de empresa, como en cuanto que la remisión se refiere a que la integración se hará en las condiciones establecidas en tal precepto, es decir, en el sentido de respetar los derechos de los trabajadores en los términos que la norma laboral establece⁵⁹.

⁵⁷ Donde realmente –y salvo que alguna norma autonómica lo establezca–, no hay leyes que contengan este tipo de previsiones, aunque, como se verá, la LPGE 2017 –aunque prevé otro tipo de supuestos– sí les es de aplicación.

⁵⁸ En este caso el Alto Tribunal no aprecia inconstitucionalidad de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, dado que la misma se remite, por lo que a los procesos de integración en su caso se refiere, a un protocolo de actuación donde se determinarán los mismos, siendo dicho protocolo, en su caso, el que podrá incurrir en inconstitucionalidad si dicho procedimiento de integración resulta incompatible con los principios de mérito y capacidad, como bien explican Sánchez Morón, Marina Jalvo, Cantero Martínez y Fuentetaja Pastor (2016, p. 2).

⁵⁹ Es el caso, por ejemplo, de la remisión que hace la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat, o la disposición transitoria cuarta de la Ley 11/2011, de 29 de diciembre, de reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa de Cataluña.

La diferenciación de opciones o consecuencias en función del tipo de personal y de entes puede apreciarse fácilmente en dichas normas; basta, por ejemplo, con leer la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público fundacional y empresarial.

Como regla general, en todas ellas se menciona la integración de personal, en su caso, siguiendo los principios de igual, mérito y capacidad, especialmente cuando se trata de entes de distinta naturaleza, por tanto, no se trata de una subrogación sin más. Recuérdese que eso es precisamente lo que se sostiene aquí, es decir, que no es lo mismo que se integre personal proveniente de una empresa pública a una Administración instrumental o a la propia Administración matriz, que cuando el cambio se produce entre entidades de naturaleza similar o en las que el proceso de acceso del personal se rige por las mismas normas⁶⁰.

La tónica general es también que cuando se procede a la integración de personal proveniente de ese tipo de entidades que no se someten a las mismas reglas en cuanto al acceso del personal en organismos públicos, no podrán adquirir la condición de empleado público sin pasar las pruebas selectivas correspondientes. Haciéndolo, en otro caso, incluso con la condición de «a extinguir»⁶¹.

Cuestión distinta es, como aquí se ha expuesto y se sostiene, la integración de personal de determinados organismos a otros que ya han superado unas pruebas selectivas para acceder a los mismos, en cuyo caso podrán mantener como regla general la condición que ya tenían⁶².

En todo caso, estos supuestos se refieren a cambios en la entidad instrumental o interpuesta a través de la cual la Administración presta el servicio, mientras que la gestión indirecta –en que interviene una empresa a través de un contrato– es un supuesto muy diferente y para el que hay que acudir principalmente a la LCSP, pero también a otras normas como la LPGE 2017, a las que seguidamente me referiré.

Antes, no obstante, es imprescindible a mi juicio tener en cuenta otra disposición del ET, a la que ya he hecho referencia, como es la disposición adicional decimosexta⁶³, que prevé el des-

⁶⁰ A este respecto es clara la Orden HAP/1816/2013, en su punto octavo.

⁶¹ Por ejemplo, es el caso de la Orden HAP/1816/2013, cuando se trata de la extinción de una fundación y la integración de su actividad en un organismo público; en cuyo caso, de proceder a la integración del personal se realizará con la condición de «a extinguir» y sin que en ningún caso ese personal adquiera la condición de empleado público. A mi juicio hay que recordar que empleados públicos, según el TREBEP, hay de varios tipos, incluidos los indefinidos no fijos, es decir, para esta norma se trata de una condición diferente. Matiza la norma que solo puede adquirir tal condición tras superar las pruebas selectivas celebradas en su caso de acuerdo a los principios del TREBEP. Y sin que pueda incrementarse en modo alguno la masa salarial de las entidades afectadas.

⁶² A ello alude, por ejemplo, la disposición adicional tercera de la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat.

⁶³ A este respecto la norma establece que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo

pido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público⁶⁴, y a la que se remiten algunas normas de reestructuración del sector público⁶⁵.

Determina además que a efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones públicas⁶⁶, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes^{67 68}.

En tales casos, tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere con anterioridad.

En todo caso, parece claro que, cuando menos, aquellos supuestos en que se trate de un servicio que deje de ser prestado, es decir, que no sea obligatorio para la Administración –estos últimos son los propios del ámbito local principalmente–, por ejemplo por falta de financiación, llevaría a un despido por causas económicas⁶⁹.

Otra cuestión es que pueda darse en este ámbito el despido por extinción de la personalidad jurídica, puesto que, como ha indicado el TS⁷⁰, es muy difícil que en el caso de las Administraciones públicas opere esta causa, dado que normalmente cuando se suprime un ente sus competencias y funciones se transfieren a otro o a la propia Administración matriz.

con la normativa de contratos, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c) del propio ET y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas.

⁶⁴ En relación con este tema, véanse, entre otros, el trabajo de la profesora Rodríguez Escanciano (2013), Fernández Domínguez y Prieto Padín (septiembre 2015), Rodríguez-Piñero Royo (septiembre 2015), Purcalla Bonilla-Diego de los Riscos Hidalgo (septiembre 2015), Roqueta Buj (2012), García-Perrote Escartín I. (2012) o Gil Plana (2012).

⁶⁵ Por ejemplo, la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal o la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público fundacional y empresarial.

⁶⁶ Entendiendo como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –hoy LCSP–.

⁶⁷ En relación con la estabilidad presupuestaria y la financiación de los servicios públicos, véase Sosa Wagner y Fuertes López (2012, pp. 325-344) o Villar Rojas (febrero-marzo 2016).

⁶⁸ En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, y causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

⁶⁹ En la materia, por ejemplo, Palomar Olmeda (2012).

⁷⁰ Así, lo ha afirmado, entre otras, en la Sentencia de 23 de septiembre de 2014 (RJ\2014\6420), rec. núm. 231/2013.

De igual modo el TS ha afirmado que el legislador puede crear, transformar o eliminar las instituciones adecuadas al cumplimiento de sus propios fines que impliquen consecuencias en el plano de las relaciones laborales, pero de igual modo que debe respetarse el autogobierno, las decisiones adoptadas por los empleadores de carácter público habrán de ajustarse a las exigencias propias del ordenamiento laboral⁷¹.

En fin, como ya se ha visto, el TS viene entendiendo que cuando se produce realmente la transmisión de un conjunto de medios organizados, es decir, elementos materiales y personales, en línea con lo indicado al analizar la interpretación judicial del artículo 44 del ET y sin hacer matizaciones importantes por el hecho de tratarse de Administraciones, se produce una sucesión de empresa⁷².

3. ¿LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2017 SUPONE UN FRENO A LA APLICACIÓN DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS?

Antes de proceder a analizar con cierta exhaustividad la normativa de contratos, por lo que se refiere, evidentemente, a la gestión indirecta de los servicios públicos e, incluso, a los contratos de servicios a la propia Administración, resulta de interés mencionar otra norma que va en la misma línea, aunque no exenta de ciertas dudas.

Me refiero a las previsiones contenidas en las disposiciones adicionales vigésima sexta y trigésima cuarta de la LPGE 2017⁷³, por cuanto se inclina, aunque no sin incurrir en cierta contradicción –hoy a mi juicio superada por la modificación de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (en adelante, LPGE 2018) al respecto–, por la no subrogación⁷⁴.

En particular, la primera disposición mencionada lleva por título precisamente «Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público», y precisa que las Administraciones públicas del artículo 2 del TREBEP 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

⁷¹ F. J. quinto de la Sentencia de 23 de septiembre de 2014 (RJ\2014\6420), rec. núm. 231/2013.

⁷² Así, por ejemplo, en el supuesto de la sentencia ya citada de 23 de septiembre de 2014 (RJ\2014\6420), rec. núm. 231/2013, se estima que concurren los requisitos de la sucesión de empresa al desaparecer la Agencia Pedro Laín Entralgo y asumir sus funciones la dirección general correspondiente.

⁷³ A este respecto, véase, entre otros, Rojo Torrecilla.

⁷⁴ Además, dicha previsión se establece con efectos desde la entrada en vigor de esta ley y vigencia indefinida, es decir, está vigente, si bien la recientísima LPGE 2018 ha suprimido el último párrafo de la disposición adicional vigésima sexta, uno.

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

Si bien es cierto que la duda surgía cuando acto seguido especificaba que al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresa contenidas en la normativa laboral. Sin embargo, a mi juicio, con buen criterio, dicha mención ha sido suprimida por la disposición final cuadragésima segunda de la LPGE 2018, recientemente aprobada.

Una primera conclusión que podría extraerse es que, de igual modo que hacen las normas ya mencionadas de racionalización y reestructuración del sector público –si bien en supuestos de cambios dentro de las modalidades de gestión directa–, la citada LPGE 2017 parte de la imposibilidad de que el personal de empresas que han sido contratistas de la Administración adquiera la condición de empleado público en la misma, y no debe olvidarse que el precepto del TREBEP al que se refiere expresamente incluye dentro de las diversas categorías de empleados públicos a los indefinidos no fijos⁷⁵.

La misma conclusión se extiende para el caso de tratarse de personal de sociedades mercantiles públicas, fundaciones, consorcios o personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en la Administración. A este respecto, ya hemos visto que las citadas normas de racionalización del sector público también hacen esta distinción, es decir, cuando se trata de asumir el servicio por la Administración cuando hasta el momento lo prestaba a través de una entidad con personalidad jurídica propia que actúa como medio propio, dan un trato diferenciado a aquellos que provienen de entidades de Derecho público, sometidas por tanto al TREBEP, y que coincide que es a las que se les aplica esta disposición, y aquellas que no, es decir, principalmente las fundaciones o sociedades que aunque sean mayoritariamente o íntegramente públicas, son entidades de Derecho privado y quedan fuera del artículo 2 del TREBEP.

La diferencia es lógica y evidente, por cuanto en el primer caso el personal habrá pasado procesos selectivos regidos por el TREBEP y en los segundos no.

Por tanto, de nuevo la regla general es que cuando se trata de personal, sobre todo fijo, que ha pasado las pruebas correspondientes de acceso pueden integrarse en la Administración matriz que asume la prestación del servicio, por el contrario, cuando los trabajadores provienen de una

⁷⁵ Artículo 8.

empresa contratista o de sociedades, fundaciones u otras entidades de Derecho privado, por más que sus acciones, patrimonio fundacional, etc. sea público, no pueden integrarse como empleados públicos de ningún tipo en la Administración, salvo que previamente se realicen las pruebas selectivas oportunas.

Finalmente, esta disposición también prevé otro supuesto concreto, que en principio quedaría fuera del ámbito de aplicación a que se refiere el apartado uno, pues recuérdese que se ciñe a las Administraciones públicas del artículo 2 del TREBEP, es decir, no incluye a las sociedades mercantiles públicas, pues ni se encuentran en el citado campo de aplicación del TREBEP ni son Administración.

A ellas se refiere en el apartado segundo, cuando establece 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».

Es decir, se está refiriendo a supuestos en que se produce el paso de una gestión indirecta a través de contratista a una gestión directa mediante una sociedad mercantil pública, es decir, una empresa pública que sea medio propio de la Administración⁷⁶, opción a la que me referiré más detenidamente al hablar de la LCSP, pero que cabe ya apuntar, que la nueva norma exige que sea una sociedad de capital íntegramente público y que sea poder adjudicador.

En ese caso, y a pesar de que hablamos de sociedades que no se someten al TREBEP, la ley exige para su incorporación la superación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, siendo, por tanto, más restrictiva y exigente que las propias normas de racionalización. No obstante, también reconoce la norma que esa integración se puede producir excepcionalmente por vía de sentencia judicial.

En conclusión, para la LPGE 2017, el personal que provenga de empresas contratistas o de entidades de Derecho privado no podrá integrarse como empleado público de ningún tipo, ni siquiera como personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, en una de las Administraciones del artículo 2 del TREBEP, es decir, ni en la Administración General del Estado, ni en las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, ni en las Administraciones de las entidades locales, ni en los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, ni en las universidades públicas.

⁷⁶ A este respecto recuérdese que los requisitos para ser medio propio de la Administración se han endurecido considerablemente con la nueva LCSP.

Y cuando se trate de los trabajadores de empresas contratistas de un servicio que pase a una sociedad mercantil pública, podrán integrarse siguiendo un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad o, excepcionalmente, en cumplimiento de una resolución judicial.

De otro lado, cuando la norma reconoce la posibilidad de integrar personal proveniente de una empresa contratista en sociedades mercantiles públicas excepcionalmente por sentencia judicial, viene a reconocer que eso está sucediendo en los tribunales, con independencia de lo que diga la normativa, si bien puede estar pensando en juicios ya iniciados con anterioridad.

Aunque bien es cierto que ese supuesto es el que menos problemas en principio daría, pues no debemos olvidar que las empresas públicas están excluidas del TREBEP, es decir, el acceso del personal a las mismas no se somete a los mismos procedimientos que las Administraciones porque no lo son. Mientras que por vía judicial se está aceptando incluso la integración en una Administración.

Además, al limitar la exclusión de la tasa de reposición a esos supuestos, *a sensu contrario*, parece que la integración de personal en cualquier otro caso sí se computa a tales efectos, lo que pone de manifiesto la colisión de derechos, pues, de un lado, está la protección de los trabajadores, pero, de otro, el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad y el perjuicio que puede ocasionarse a quienes aspiran a dicho acceso cuando se ocupa la tasa de reposición con trabajadores provenientes de una subrogación. O realmente la norma parte de que no se puede producir esa integración en otros supuestos.

De otro lado, y para concluir con el estudio de la LPGE 2017, es preciso hacer mención a la disposición adicional trigésima cuarta, donde se hace referencia a otra cuestión –a mi juicio muy conectada–: me refiero a la propia exigencia de responsabilidades en las Administraciones públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.

Bien es cierto que en teoría lo que prevé es una serie de medidas para prevenir una contratación fraudulenta, pero no lo es menos que, en el estado actual de la jurisprudencia, no está de más tener en cuenta las previsiones contenidas en esta disposición.

Así, en primer lugar, establece la obligación de que los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones se hagan correctamente y cumpliendo los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, lo que ya a mi juicio impide el acceso por esta vía de personal que no haya superado esas pruebas.

Pero a mayor abundamiento, y aquí viene lo relevante, en el punto dos determina que «los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa y, en especial, velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en

indefinido no fijo. Asimismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial»⁷⁷.

Por lo que aquí interesa hay dos cuestiones de máxima relevancia, de un lado, se está diciendo que incluso puede incurrir en responsabilidad quien dentro de la Administración reconozca la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, o si se trata de personal de empresas que a su vez tenga un contrato administrativo con la Administración respectiva. El primer supuesto en puridad se refiere a algo distinto a lo aquí analizado, pero por sorprendente me parece oportuno mencionarlo, pues realmente lo que está diciendo es que aún en el caso en que proceda la conversión en indefinido no fijo, por ejemplo, por una contratación en cadena fraudulenta, no se le puede en vía administrativa reconocer tal condición⁷⁸, siendo la carga del trabajador, que deberá acudir a los tribunales para obtener tal reconocimiento.

El segundo supuesto ahonda en lo dicho hasta ahora; no solo es que la normativa no prevea la integración del personal de empresas contratistas en la Administración, sino que la norma en cuestión prohíbe tal posibilidad expresamente, incurriendo incluso en responsabilidad quien así lo haga⁷⁹.

Pero de otro lado, el legislador es consciente de que en vía judicial se puede lograr el efecto que pretende evitarse con esta previsión, así podemos encontrar sentencias al respecto⁸⁰. Lo que parece claro es que la subrogación tendrá que venir de una resolución judicial pero no de la propia Administración, razón por la cual, ya apunté con anterioridad, que la subrogación voluntaria de un ayuntamiento que asume el personal de una empresa contratista, como era el caso de la STJUE de 29 de julio de 2010⁸¹, no sería viable en estos momentos.

⁷⁷ Previsión que además también tiene vigencia indefinida y que debemos entender que tiene carácter básico por cuanto la misma en su apartado cinco dice que se dicta en aplicación de la competencia que tiene el Estado en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas, artículo 149.1.18.ª. Aunque lo cierto es que a mí me surge la duda de que la responsabilidad que se regula en la citada disposición es más bien disciplinaria que de responsabilidad patrimonial.

⁷⁸ Debe tenerse en cuenta también la supresión por la Ley 39/2015 de las reclamaciones previas, sustituidas por el recurso de alzada en determinados supuestos.

⁷⁹ En la misma línea el artículo 37.Siete de la Ley 8/2017, de 24 de enero, de Presupuestos General de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

⁸⁰ Valga de ejemplo la STS de 26 de enero de 2012 (RJ\2012\2462), rec. núm. 917/2011, sobre reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un ayuntamiento, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura empresarial y la misma plantilla de dicha empresa, lo que, a juicio del TS, conlleva la aplicación del artículo 44 del ET y la responsabilidad solidaria de las deudas salariales anteriores.

⁸¹ Caso *Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y otros* (TJCE\2010\241).

A mi juicio, esto no es lo deseable, pues si el ordenamiento jurídico no permite la subrogación no debería ser posible conseguirla ante los tribunales, vinculados como están por todo el ordenamiento jurídico, y si lo que se pretende es establecer una cautela para que no se produzca un fraude al integrar voluntariamente la Administración a estos trabajadores, no parece que este mecanismo sea el más adecuado. A salvo, claro está, que realmente esa referencia se ciña a quienes lo obtengan por haber iniciado la reclamación con anterioridad a la propia norma.

En todo caso, es claro que estas disposiciones no están exentas de polémica y dudas, que habrá que ver si resuelve el TC, dado que se ha planteado recurso de inconstitucional frente a las mismas⁸². Aunque, a mi juicio, la mayor de todas ellas ha quedado solventada por la modificación operada por la LPGE 2018.

Además, no debemos olvidar que, en principio, para hablar de sucesión de empresa debe darse la transmisión de un conjunto organizado de medios, materiales y personales, lo que ya no es posible que se produzca voluntariamente en la Administración, pues la norma indicada lo prohíbe, volviendo a surgir la duda de si la subrogación del personal es la causa o la consecuencia de la sucesión empresarial.

Otra cuestión distinta es que, en lugar de tratarse de una sucesión de empresa, en algunos supuestos, a mi juicio, se está ante una cesión ilegal de trabajadores.

Y de otro lado, está por ver que la citada LPGE 2017 supere el filtro de la Directiva 2001/23/CE, pues parece que podría entrar en colisión con la misma y la interpretación que de ella hace el TJUE.

4. LA APUESTA POR UNA INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO COHERENTE CON LA NORMATIVA LABORAL

Una norma destacada desde el punto de vista del Derecho administrativo en la materia es la LCSP, evidentemente cuando hablamos de gestión indirecta. A este respecto cabe recordar simplemente la regulación que en esta materia hace también la LBRL, cuando en su artículo 85 enumera las distintas formas de gestión de los servicios públicos a que ya me he venido refiriendo⁸³.

⁸² Núm. 4710-2017, admitido a trámite por providencia de 31 de octubre de 2017 (BOE de 11 de noviembre de 2017).

⁸³ En efecto, en este ámbito, que es quizás en el que más problemas y dudas surgen, porque es donde con mayor facilidad encontramos servicios públicos en el concepto clásico francés, es decir, titularidad de la Administración, principalmente, al enumerar los servicios que en función de la población son obligatorios, en su artículo 26. Sin olvidar la importante reforma operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Y las dificultades que el empleo de la sociedad de economía mixta conlleva desde la perspectiva aquí estudiada.

En efecto, como se ha visto, uno de los supuestos en que se puede plantear la subrogación de la plantilla es cuando se procede a la reversión o rescate de un contrato administrativo, bien sea de servicios, bien de concesión de servicios, principalmente.

Como ya he ido avanzando, la normativa a este respecto opta por la no integración del personal como regla general; esta es la postura, por ejemplo, como ya se ha visto, de la LPGE 2017.

En línea de principio, a mi juicio, es la opción más correcta, tanto por las diferencias fundamentales entre estos supuestos y aquellos otros a que me he referido en cuanto a cambios en la forma o naturaleza del ente interpuesto en la gestión directa, como por lo que a este respecto fijan varias normas.

Y es que no solo la LPGE 2017 deja sentado que las Administraciones no pueden integrar al personal de las empresas contratistas, pudiendo incluso incurrir quienes contribuyan a ello en responsabilidad, y sin que en ningún caso puedan adquirir la condición de empleado público. Y tanto si hablamos de recuperación de un servicio para la gestión con los propios medios de la Administración titular de este, como cuando lo hace a través de un ente medio propio.

Como ya he venido apuntando, la LCSP, con mayor intensidad –aunque también su predecesora–, se hace eco de este problema y lo afronta siguiendo la línea apuntada. Y es que no olvidemos que tanto las directivas como esta norma regulan la opción perfectamente legal, desde hace mucho tiempo, de acudir a la contratación externa para hacer frente a diversas necesidades.

No obstante, no es menos cierto que, a mi juicio, es imprescindible tomar en consideración una comprensión global del ámbito, por otro lado, tan complejo, de la contratación pública, y de las diversas previsiones contenidas en el mismo.

Así, en primer lugar, es evidente que a esta cuestión responden las previsiones de los artículos 308.2 y 312 f). Aunque llama la atención que ambos se refieren al contrato de servicios y no a la concesión de servicios, donde en los últimos tiempos se viene generando también el problema⁸⁴.

El artículo 308.2 de la LCSP prevé dos cuestiones fundamentales, en primer lugar, y teniendo en cuenta precisamente que hasta la nueva norma una de las características de estos contratos

⁸⁴ Antes de entrar en el análisis de ambos preceptos, resulta interesante recordar que aunque con la LCSP las diferencias entre ambos tipos contractuales se diluyen, a mi juicio, de forma muy desafortunada, la distinción primordial existente entre ambas figuras contractuales, hasta la reciente norma, estribaba en el carácter instrumental del contrato de servicios, frente a la prestación a terceros de una actividad en el segundo, antes denominado gestión de servicio público. En la LCSP actual, lo cierto es que la diferencia se ciñe, principalmente, a la concurrencia o no del riesgo operacional, que debe darse en las concesiones. Bien es cierto que no cabe un contrato de concesión de servicios que no tenga también la nota de la explotación, es decir, es hacia terceros, pero no lo es menos que ahora también esos supuestos pueden canalizarse, si no hay riesgo operacional, por la vía de los contratos de servicios, lo que a mi juicio será frecuente.

era el ser instrumentales, se determina que en ningún caso se puede instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los menores.

Esta previsión es clave a mi juicio, pues, de un lado, responde al problema de la contratación fraudulenta de personal por esta vía, que en gran medida dio lugar a la creación de la figura del «indefinido no fijo de plantilla»; me refiero al contratista persona individual con el que se conciertan contratos de este tipo de forma sucesiva para cubrir necesidades constantes, cuando realmente debe acudir a la contratación laboral o a dotar en la plantilla de una plaza de funcionario.

Pero de otro lado, considero que en ese supuesto pueden encontrarse también casos como el analizado en la sentencia ya citada del TS de 20 de diciembre de 2018, es decir, que lo que no cabe es acudir a un contrato de servicios con una empresa para cubrir necesidades de personal. Aunque a este respecto, cuando menos me surge la duda de que en ese caso no se produzca más bien una cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 del ET.

Por desgracia, no es absolutamente extraño encontrar las llamadas «plantillas paralelas» creadas por esta vía, máxime cuando en los últimos tiempos las normas de estabilidad presupuestaria han fijado importantes límites al incremento de plantillas y, por ende, a la masa salarial. No obstante, a este respecto cabe recordar que esta otra opción, además de ilegal no evita que el gasto que supone el contrato de servicios sea tenido en cuenta a efectos del cálculo del déficit público⁸⁵.

En todo caso, está claro que este contrato sigue generando dudas, por ese carácter instrumental del que algunas de las prestaciones que engloba tienen, desde el punto de vista de cuándo puede acudir a él y cuándo a la contratación de personal.

No obstante, a mi juicio, tiene que ser viable un empleo correcto del mismo, o su regulación no tendría sentido, y no olvidemos que es la propia Unión Europea la que lo regula en las directivas de contratos⁸⁶.

La segunda precisión que hace el precepto examinado es que expresamente dice 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 de la entidad contratante, a cuyo 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 corresponde a la empresa contratista.

⁸⁵ Es más, precisamente el criterio económico –que no jurídico–, del riesgo operacional, responde a ello, pues en esas concesiones, al asumir el riesgo el contratista, no consolidan deuda a esos efectos. Este criterio es el empleado precisamente para saber si los contratos consolidan deuda o no por la Oficina Europea de Estadística (Eurostat). Es decir, al recurrir a un contrato de servicios se puede eludir el límite de la tasa de reposición y no se incrementa el capítulo I, pero sí se tiene en consideración a efectos de consolidación de deuda.

⁸⁶ Respecto a la gestión de servicios públicos y régimen europeo de contratación, véase Carlón Ruiz (2016).

Ratifica de este modo la LCSP lo dicho por la LPGE 2017, lo que a mi juicio tiene una clara consecuencia. Y es que o bien en aquellos casos en los que como la citada STS⁸⁷, o la del TSJ de Asturias⁸⁸, se entiende que procede la sucesión de empresa y, por ende, la subrogación del personal, debemos entender que la Administración no cumplió lo prescrito en el citado artículo 308.2 de la LCSP⁸⁹, o de lo contrario existe una incompatibilidad entre lo previsto en la normativa de contratación pública y el ET o una extensión excesiva por vía judicial del artículo 44 del ET, sin tener en cuenta otras normas como la LCSP o la LPGE 2017.

Por todo ello, no solo la Administración debe abstenerse de llevar a cabo actuaciones respecto al personal de la empresa contratista de las que pudieran deducirse la existencia de indicios de laboralidad, sino que además deberá en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en el expediente de contratación, justificar, como por otro lado la norma le exige⁹⁰, la existencia de una necesidad a cubrir por esta vía y la idoneidad del contrato elegido para ello.

Cumpliendo con estas exigencias no debería reconocerse en el ámbito judicial la sucesión de empresa –por lo que a la Administración se refiere–, al producirse la finalización del contrato de servicios, sea por reversión, rescate o cumplimiento del contrato, o de otro modo se estarían obviando estas normas.

En la misma línea apunta el artículo 312 f), que regula algunas particularidades del contrato de servicios cuando este conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía. En este caso, prevé una serie de medidas con la intención de evitar la confusión de plantillas de la Administración y de la empresa contratista, como resulta evidente para eludir las consecuencias de una reclamación de integración de ese personal a la conclusión del contrato⁹¹.

Nuevamente, debemos entender que de cumplirse las mismas, la reversión del servicio o la finalización del mismo no puede conllevar la subrogación del personal del contratista en la Administración.

⁸⁷ De 20 de febrero de 2018.

⁸⁸ La Sentencia 8/2017, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 21 de marzo de 2017.

⁸⁹ O en su momento el artículo 301.4 del TRLCSP.

⁹⁰ A este respecto, debe recordarse el artículo 28 de la LCSP, referente a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación.

⁹¹ En particular, establece que: «Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones».

De otro lado, y aunque no encontremos una previsión similar en la regulación que la LCSP hace del contrato de concesión de servicios, debemos considerar necesarias las mismas cautelas, pues si bien es cierto que tradicionalmente los problemas se han venido planteando con los contratos de servicios por su carácter instrumental y, en consecuencia, podría estimarse que es más sencillo hallar en ellos indicios de laboralidad, no lo es menos que, en primer lugar, la segunda previsión se refiere precisamente a prestaciones que se engloban también, cuando hay riesgo operacional, en las concesiones de servicio, y de otra parte, que quizás la sucesión de empresa estrictamente –otra cuestión son las consecuencias de una contratación fraudulenta– tendría más sentido plantearla en las concesiones, pues no olvidemos que en la reversión de los contratos de servicios instrumentales no se presta por la Administración una actividad económica en el mercado, sino que se satisfacen necesidades internas de la misma.

Una novedad importante de la LCSP, que se introdujo además en la tramitación parlamentaria, es la redacción final del artículo 130, relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. A este respecto, la normativa anterior también regulaba esta cuestión, pero, a mi juicio, en la nueva ley se introducen dos cuestiones novedosas e importantes, una en relación a la información cuando se produce una subrogación del personal entre la empresa contratista anterior y la nueva –donde realmente se suceden dos empresas–, y otra, de mayor calado aún, cuando prevé la posibilidad –aunque a mi juicio con escasa aplicación práctica– de que al producirse una reversión del servicio, es decir, que pase la Administración a prestarlo, pueda producirse una subrogación.

Aunque a mi juicio más bien una declaración sin grandes consecuencias prácticas, pues se limita a prever tal opción cuando así lo exija una norma legal, un convenio colectivo o una cuerdo de negociación de eficacia general. Si bien cabe plantearse si es compatible con lo dicho en otras normas donde se establece que no es posible esa subrogación, como las ya analizadas.

Por lo dicho hasta el momento, es fácil concluir que la trascendencia real del precepto es mínima, pues ya sabemos que las normas que hacen previsiones, al menos hasta el momento, de este tipo, como son las de racionalización del sector público, se refieren a otro tipo de supuestos, es más, la LPGE 2017 parece inclinarse claramente por la no integración e incluso la prohibición de actuación de la Administración en esta dirección. Y de otro lado, debemos tener en cuenta que la vía de los convenios colectivos es también residual, pues debe tratarse de supuestos en que sea de aplicación a la Administración en cuestión –tal y como ha dicho el propio TS⁹², lo que resulta harto complicado.

La otra cuestión novedosa a que me he referido se trata de la obligación de información que en cuanto a la subrogación de personal entre empresas que, en su caso, proceda. Y es que ahora esa información se instrumenta a través del órgano de contratación, siendo además necesario que

⁹² Por ejemplo, en las sentencias de la Sala de lo Social, de 21 de abril de 2015 (RJ\2015\2177), rec. núm. 91/2014, o la de 19 de mayo de 2015 (RJ\2015\2886), rec. núm. 358/2014.

se refleje en el pliego, como es lógico, pues ese dato debe conocerse para poder hacer la oferta económica de forma adecuada⁹³.

Esta diferencia a mi juicio puede conllevar importantes consecuencias, puesto que desde el momento que se incluye en los pliegos y la suministra el órgano de contratación, entiendo que se hace responsable de las consecuencias que puedan derivarse de errores, por más que a su vez la información provenga del contratista anterior. Y es que, aunque la ley prevé la acción directa frente a esa empresa por la nueva contratista, considero que ello no exime de toda responsabilidad a la Administración, por cuanto el pliego es la ley entre las partes, es donde se fijan las reglas del juego y vincula a todas ellas.

A estos efectos, quizás lo más prudente es que la propia Administración prevea en el pliego la posible modificación de las condiciones del contrato en caso de ser errónea la información suministrada respecto a la subrogación del personal, pues no debe olvidarse la dificultad de modificar un contrato si no se ha previsto y cuantificado en el propio pliego.

Finalmente, en cuanto a la subrogación entre empresas debe recordarse que, tal y como preveía el TRLCSP, la nueva norma sigue partiendo de que el pliego se hace eco de una obligación ya preexistente, es decir, la subrogación vendrá impuesta por la normativa aplicable –art. 44 del ET principalmente–, el convenio colectivo o el acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, pero no de los pliegos. A este respecto la jurisprudencia contencioso-administrativa y social están de acuerdo⁹⁴, así como las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales⁹⁵.

Es más, entre los diversos aspectos que se han incluido en la nueva LCSP, y viene aceptando la jurisprudencia y los tribunales de recursos contractuales, como aspectos sociales o laborales a poder valorar en las ofertas, no se encuentra –ni es posible– el compromiso de subrogación, es decir, solo cabe si lo exigen las normas o los convenios o acuerdos, sin que pueda ni imponerse ni valorarse en los pliegos⁹⁶.

⁹³ A este respecto resulta interesante recordar que el propio TS ha admitido que cuando el contrato nuevo que se licita reduce el volumen y el nuevo contratista ha de subrogarse, puede reducir también la plantilla, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Social núm. 343/2017 de 21 abril (RJ\2017\2689), F. J. segundo.

⁹⁴ Aunque no siempre la Sala de lo Social ha sostenido lo mismo, pueden encontrarse sentencias que, en efecto, reconocen el mero carácter informativo de los pliegos a este respecto, por ejemplo, la núm. 983/2017, 12 de diciembre de 2017 (rec. núm. 668/2016), o de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 87/2017, de 23 enero (RJ\2017\1414).

⁹⁵ Como, por ejemplo, en la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución de 10 de marzo (JUR\2017\156868).

⁹⁶ A este respecto destacan las SSTs, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de marzo de 2015 (NSJ057522), la sentencia núm. 1350/2016, de 8 de junio (RJ\2016\3491), o los acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 27 de septiembre de 2017 (JUR\2017\290250), y del mismo la núm. 183/2017, de 14 de junio.

No obstante, a mi juicio, cuando nos referimos a la subrogación entre empresas concesionarias o contratistas de la Administración o, en general, de poderes adjudicadores, el precepto que realmente prevé dicho supuesto es el artículo 98 de la LCSP, y es que el artículo 130 se refiere a la subrogación cuando concluye el contrato, bien por cumplimiento bien por resolución, siendo posible que haya subrogación o no, para lo cual hay que acudir a la normativa, los convenios o acuerdos; no obstante, existen otros supuestos menos dudosos quizás, como es la sucesión en la persona de contratista durante la vigencia del contrato, que en puridad sería el caso que más se adecúa al artículo 44⁹⁷, y al que ya me he referido.

De otro lado, hay que tener en cuenta que la LCSP, aunque lo haga desde otra perspectiva cuando se refiere a estas cuestiones, entiendo que debe ser de aplicación preferente; me explico.

Hay que tener cuenta que la LCSP, como otras normas que contienen previsiones específicas en la materia, se trata de una norma especial, que contiene previsiones específicas para este ámbito, ejemplo de ello es que el artículo 130.6, en cuanto a las obligaciones de la empresaria cesionaria respecto de los salarios impagados y cotizaciones a la seguridad social de los trabajadores subrogados no prevé –a diferencia del art. 44 para algún supuesto (3 años en transmisión ínter vivos)– la responsabilidad solidaria, sino solo del contratista inicial, es decir, de quien no procedió a cumplir con sus obligaciones, pudiendo a tales efectos la Administración no devolver la garantía de definitiva. Incluso se prevé ese impago como causa de resolución del contrato, novedad importante.

Siendo estas las cuestiones que más directamente afectan al tema objeto de este trabajo, aún creo que quedan otros aspectos conexos relevantes de la LCSP, en particular, el tema de la reversión de bienes, la opción de los encargos a medios propios que quedarían fuera de esta norma y la desaparición de los diversos tipos de gestión indirecta, aunque se mantiene la sociedad de economía mixta en una disposición adicional de la LCSP.

Finalmente mencionar a este respecto la importancia que en la directiva y, por ende, la LCSP, se da a que los Estados están obligados a velar porque los contratistas cumplan las obligaciones laborales con sus trabajadores, por ejemplo, con las previsiones de nuestra ley sobre prohibiciones para contratar: artículo 71 b); valor estimado: artículo 101; obligación pliego: artículo 122 –que bloquea el descuelgue salarial⁹⁸–; ofertas anormalmente bajas: artículo 149; criterios de adjudicación: artículo 145; condiciones especiales de ejecución: artículo 202, o resolución del contrato por impago del artículo 211.1 i), donde están legitimados los representantes de los trabajadores.

⁹⁷ En efecto, el artículo 98 de la LCSP, que lleva por título "supuestos de sucesión del contratista", se refiere a determinados supuestos en que habiendo una sucesión en la persona del contratista, habrá que determinar qué ocurre con el contrato, es decir, si cabe la resolución o la continuación del mismo con el nuevo empresario.

⁹⁸ Al referirse al convenio sectorial de aplicación.

No obstante, todo ello, aunque resulta de interés, desborda el objeto de este estudio, por lo que cabe ceñirse exclusivamente a aquellas cuestiones imprescindibles en el asunto, como es, a mi juicio, el tema de la titularidad de los bienes.

Y es que considero que resulta de interés tener en cuenta que una consecuencia de la finalización de una concesión es la reversión de ciertos bienes a la Administración, previsión que se establece, como ahora se verá, tanto en el artículo 291 para la concesión de servicios, como en el artículo 312 b) *in fine* para el contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a la ciudadanía. Es decir, en todos aquellos casos que, con o sin riesgo operacional, de lo que se trata es de prestar un servicio a los ciudadanos y no de cubrir necesidades internas de la Administración. En esta línea puede verse también el artículo 115 del RSCP.

Así, el citado artículo 291.1 de la LCSP establece que finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. De igual modo el artículo 312 b) fija dentro de las obligaciones del contratista la de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Es, por tanto, una consecuencia habitual de la reversión de una concesión de servicios, o de un contrato de servicios a la ciudadanía, la entrega del contratista a la Administración de ciertos bienes empleados para la prestación de los mismos, que, en muchos casos, son bienes que la propia Administración ha puesto a disposición del contratista para ejecutar el contrato, en otros, son obras que lleva a cabo el contratista que quedan afectas al servicio público⁹⁹.

Lo dicho debe tenerse en cuenta, por tanto, a mi juicio, cuando los tribunales analizan si concurren en la reversión del servicio a la Administración los requisitos para hablar de sucesión de empresa, pues de apreciar, como ocurre en algún caso¹⁰⁰, que al transferirse los medios materiales, aunque fueran puestos a disposición por la Administración al contratista, se considera que se cumple con la transmisión de un conjunto organizado de medios a efectos de estimar que se da la identidad exigida en el artículo 44 del ET, debe tenerse en cuenta que de tratarse de la reversión de bienes propia de las concesiones o contratos de servicios, en el sentido de la LCSP, es decir, principalmente de obras o instalaciones afectas al servicio público, que por ello pueden incluso adquirir la condición de dominio público, pero sin descartar necesariamente los bienes muebles afectos al mismo, estamos ante otra figura, es decir, a mi juicio, en esos casos no pode-

⁹⁹ Ambos tipos se encuentran en el citado artículo 115 del RSCP, cuando al enumerar el contenido mínimo de las cláusulas del contrato, se refiere tanto a las obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquella, como a las obras e instalaciones de la corporación cuyo goce se entregare al concesionario.

¹⁰⁰ La ya citada STS de 20 de febrero de 2018.

mos entender que se trate de una transmisión de una empresa o centro de actividad o trabajo, sino de la reversión de bienes a que se refiere la LCSP, si bien, como se ha visto, no es la postura ni del TJUE ni del TS, siguiendo al anterior¹⁰¹.

A mi juicio, sin embargo, entiendo que habría que analizar en el caso concreto en que se trasieran medios materiales, si se trata de la reversión de los artículos 291 y 312, o realmente de una transferencia de un conjunto organizado de medios para realizar una actividad en el sentido del artículo 44 del ET.

Todo ello conecta, de forma determinante, con otro contrato, como es el considerado por la JCCA como contrato administrativo especial, cuando se trata, por ejemplo, de la explotación de una cafetería en un edificio público, o un colegio mayor. Supuestos que, por otro lado, se aproximan considerablemente al caso de la STS de 20 de febrero de 2018, que era un contrato de servicios de restauración completa.

Y es que en estos casos, se califica como contrato administrativo especial, precisamente porque su objeto comprende el propio de una concesión de servicios y una concesión de dominio público, al emplear en la prestación del primero dominio público de la Administración contratante, es decir, por su propia definición, se trata de la prestación o explotación de un servicio a los ciudadanos, utilizando el dominio público de la Administración, en muchos casos sus propias dependencias.

Por tanto, o no se entiende en esos supuestos que se dé la sucesión de empresa o quizás deba plantearse que ese tipo de contratos no caben, salvo en unas condiciones concretas. Me refiero a que si la empresa contratista solo pone el personal, más en actividades donde el componente humano es determinante, quizás lo que deba hacerse es acudir a la contratación de personal.

Puesto que lo que resulta evidente es que cuando se trata de que la Administración pase a prestar un servicio que hasta ese momento tenía externalizado a través de un contrato, del tipo que sea, la regla general, salvo que una norma, convenio o acuerdo de carácter general aplicable al caso concreto fije la obligación de subrogar, es la no integración del personal de la empresa contratista en la Administración, de acuerdo a la LCSP, a la LPGE 2017, etc.

Aunque bien es cierto que el TS viene aceptando que de darse la transmisión del conjunto organizado de medios que encaja en el artículo 44 del ET, se trata de una sucesión de empresa. No obstante, teniendo en cuenta la normativa aplicable ya examinada y, en particular, desde la LPGE 2017, difícilmente puede darse el requisito de la transferencia de la plantilla, pues, al menos, con carácter voluntario la Administración no puede asumirla.

¹⁰¹ Ejemplo de ello es la ya citada STS de 20 de febrero de 2018.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aunque hay distintos problemas de tipo laboral que pueden derivar de ciertos cambios en la forma de gestión de los servicios públicos, quizás uno de los más destacados es el referente a la sucesión de empresa.

La jurisprudencia del TS ha venido reconociendo la aplicación de esta figura y, en concreto, del artículo 44 del ET, al sector público, cuando, a su juicio, se da el supuesto de hecho de la norma, es decir, cuando se transmite un conjunto organizado, no solo componentes aislados, con el que se pueda realizar la acción económica propia, es decir, que sea susceptible de explotación económica independiente y capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado, que sea por ende suficiente para proseguir la actividad empresarial.

En línea de principio, no parece que para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo –siguiendo la estela del TJUE–, deba darse un trato diferenciado a la cuestión en este ámbito tan particular, como es el de las Administraciones públicas.

Sin embargo, a mi juicio, cuando menos es preciso tener en cuenta ciertas normas que prevén esta u otras cuestiones conexas de forma particularizada para las Administraciones públicas; es el caso de las leyes de racionalización y reestructuración del sector público, el TREBEP, la LPGE 2017, la LBRL o, de forma muy destacada, la LCSP.

Y de un examen de las mismas, a mi juicio, cabe concluir que cuando se trata de cambios dentro de la gestión directa de la Administración, la regla general es que la integración del personal de unos entes a otros o a la propia Administración matriz, especialmente cuando se trata de personal fijo, se producirá siempre que provenga de Administraciones, por ejemplo, instrumentales, dado que el acceso a las mismas habrá estado regido por las reglas del TREBEP.

Por el contrario, cuando se trata de personal de sociedades, fundaciones u otros entes del sector público que no tienen la condición de Administración y, al no haberseles aplicado el TREBEP, no podrán integrarse en una Administración como empleado público de ningún tipo, sin la previa superación de las pruebas oportunas, basadas en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

De otro lado, cuando se trata de la gestión indirecta de un servicio, es decir, cuando hay un contrato, si se trata de la reversión del servicio a la propia Administración, es decir, el paso a una gestión directa, no solo la regla general es la no subrogación del personal, sino que incluso podrá exigirse responsabilidad a quienes la propicien. De tal modo que, desde que se ha establecido en 2017 esta prohibición, resulta dudoso que pueda darse uno de los requisitos básicos de la sucesión de empresa, es decir, la transmisión de la plantilla.

Bien es cierto que se reconoce la posibilidad de que la misma se produzca porque así lo determine una norma, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, lo cual hasta el momento es excepcional.

El otro factor importante para conocer si hay una transmisión del artículo 44 del ET, es decir, el componente material, requiere de matizaciones, a mi juicio, cuando se trata de una concesión en la que lo que se produce es la reversión de los bienes afectos al servicio público, pues se trata de una figura propia de este ámbito que no puede confundirse, aunque el TJUE y el TS no lo vienen entendiendo de este modo.

El supuesto particular de tratarse de la integración del personal de un contratista de una gestión indirecta a una sociedad mercantil de una gestión directa, a pesar de que a la misma no se le aplican los procesos selectivos del TREBEP, tampoco puede producirse, de acuerdo con la normativa vigente, si no supera un proceso basado en los principios de igual, mérito y capacidad, salvo que venga obligado por resolución judicial.

Finalmente, cabe recordar que la sucesión de empresa puede venir dada entre dos contratistas sucesivos de la Administración –así como cuando se produce la sucesión en la persona del contratista, por ejemplo, por una fusión–, aunque se prevea o, más bien, se reconozca, que puede darse en casos en otros casos, siempre que derive de una norma, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, pero no porque así lo impongan los pliegos de cláusulas administrativas.

Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, C. L. (febrero 2011). Administraciones Públicas. Causas objetivas de despido: el déficit público y la reorganización administrativa. *Fundación 1.º de mayo*.
- Alfonso Mellado, C. L. (mayo 2017). La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 69.
- Cantero Martínez, J. (febrero 2012). Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal. *Cuadernos de Derecho Local*, 28.
- Carlón Ruiz, M. (2016). La gestión de los servicios públicos: sus condicionantes desde el Derecho europeo en el contexto de la transposición de las directivas sobre contratación pública. *Revista Española de Derecho Europeo*, 59.
- Castillo Blanco, F. A. (febrero-marzo 2016). Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59.
- De la Puebla Pinilla, A. (mayo 2016). Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos. *Trabajo y Derecho*, 17.
- Fernández Domínguez, J. J. y Prieto Padín, P. (septiembre 2015). La singularidad de las causas justificativas en los despidos colectivos en el sector público. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 37.
- Fuertes López, J. (2016). Empresas públicas y cesión de trabajadores. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3 (BIB 2016\738).
- García-Perrote Escartín, I. (2012). La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero. Puntos críticos. *Actualidad Laboral*, 9.
- Gil Plana, J. (2012). La aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 155.
- Gimeno Feliú, J. M.ª (febrero-marzo 2016). Remunicipalización de servicios locales y Derecho Comunitario. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59.
- López Villalba, M. (2016). Traspaso de plantilla y patrimonio en la sucesión de empresa. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 919 (BIB 2016/3113).
- Matín-Retortillo Baquer, S. (1996). *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones* (2.ª ed.). Madrid: Civitas.
- Palomar Olmeda, A. (2012). El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 11 (BIB 2012/364).
- Purcalla Bonilla-Diego de los Riscos Hidalgo, M. A. (septiembre 2015). El despido objetivo en la Administración Pública y en el sector público. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 37.
- Rodríguez Escanciano, S. (2013). *Despidos y otras medidas (re)estructuración de plantillas en el sector público*. Madrid: Iustel-Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Rodríguez Escanciano, S. (septiembre 2015). Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la estabilidad del personal laboral. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 37.

- Rodríguez-Piñero, Royo M. (septiembre 2015). La tramitación de los despidos colectivos en el sector público administrativo. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 37.
- Rojo Torrecilla, E. Remunicipalización de servicios públicos. Cómo afecta a la sucesión de empresa y a los derechos de los trabajadores. Especial atención a las reformas introducidas por la Ley de PGE2017 y a la jurisprudencia del TJUE y del TS. *Aula Iuslaboralista de la UAB*. Recuperado de <www.eduardorjotorrecilla.es>.
- Roqueta Buj, R. (2012). *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. El Real Decreto Ley 3/2012*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Salcedo Beltrán, M.^a del C. (2007). La aplicación de la normativa sucesoria a la subrogación parcial en la prestación de servicios. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 37 (BIB 2007\1351).
- Sánchez Morón, M.; Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J. y Fuentetaja Pastor, J. (2016). Función pública. *REDA*, 176 (BIB 2016\2204).
- Sempere Navarro, A. V. (2007). Comentario al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. La sucesión de empresa (I). En *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Aranzadi (BIB 2007\3226).
- Sosa Wagner, F. y Fuertes López, M. (2012). Estabilidad presupuestaria y tribunales de justicia. En E. García de Enterría y R. Alonso García (Coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, V. I. Navarra: Thomson Reuters-Civitas.
- Sospedra Navas, F. J. (octubre 2014). El empleo público local: las medidas de ajuste y racionalización derivadas de la crisis económica. *Cuadernos de Derecho Local*, 36.
- Tornos Mas, J. (febrero-marzo 2016). La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59.
- Villar Rojas, F. J. (febrero-marzo 2016). Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59.
- Wollmann, H. (febrero 2013). La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un «retorno» a las gestiones públicas/municipales? *Cuadernos de Derecho Local*, 31.