

El contrato de trabajo y la finalización de las contrata: el caso particular de la recuperación de servicios previamente externalizados por parte de las Administraciones públicas

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Doctor en Derecho

Profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat de València

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio Estudios Financieros 2017** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: don Cristóbal MOLINA NAVARRETE, don Ignacio CARVAJAL GÓMEZ-CANO, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE, doña Paz MENÉNDEZ SEBASTIÁN, don Alberto NOVOA MENDOZA y don Antonio PEDRAJAS QUILES.

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

EXTRACTO

El conocido y exitoso fenómeno de la descentralización productiva, entendido como un modelo de organización empresarial enfocado a conseguir el ahorro de costes mediante el desplazamiento hacia el exterior de la actividad empresarial, origina en el ámbito jurídico-laboral, entre otros puntos controvertidos, la cuestión capital relativa a la determinación de cuál debe ser el destino de los contratos de trabajo afectados a la finalización de las contrata correspondientes.

Asimismo, a ello hay que añadir, especialmente en el sector público, y más concretamente en el ámbito de las entidades locales, la generalización de un proceso inverso tendente a la recuperación de servicios –y actividades en general– que habían sido previamente externalizados y que pasan ahora a prestarse directamente, siendo necesario también dilucidar qué ocurre con las relaciones laborales de los trabajadores que se encontraban adscritos a ellos.

En lo que sigue, abordaré estas cuestiones partiendo de un minucioso análisis del tratamiento doctrinal y jurisprudencial de esta materia y tratando de ofrecer un enfoque sugestivo y original en el desarrollo de las cuestiones y en las soluciones propuestas.

Palabras clave: reversión servicios públicos; contrata; externalización; extinción contrato de trabajo.

Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017

The employment contract and the termination of business agreements: the particular case of services reversion by Public Administrations

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

ABSTRACT

The successful phenomenon of outsourcing, known as a business organization model that tries to reduce costs moving outside business activity parts, in addition to other problems, generates the capital issue about what should be the destination of labour contracts affected, when business agreements ends.

Also, in the public sector, specifically in the municipal administrations, the generalization of the opposite phenomenon (service reversion) lead us to ask what happens with the labour contracts of workers who were assigned to them.

Bellow I will study these issues through an analysis of doctrinal and jurisprudential treatment of this matter, trying to offer a suggestive and original approach to these questions and proposing new solutions.

Keywords: reversion of public services; contracts; outsourcing; termination of employment contract.

Sumario

1. El contrato de trabajo y la finalización de las contrata
 - 1.1. Continuación de la actividad por un nuevo contratista o reversión en el empresario principal
 - 1.1.1. Subrogación de las relaciones laborales por sucesión de empresa
 - 1.1.2. Extinción de los contratos de trabajo
 - 1.2. Amortización de la actividad descentralizada
 - 1.3. Jurisprudencia sobre la extinción por causas objetivas a la finalización de la contrata
 - 1.4. Selección de los trabajadores a despedir
2. El caso particular de la recuperación de servicios previamente externalizados por parte de las Administraciones públicas
 - 2.1. Recuperación de contratos de servicios
 - 2.1.1. Eventual contratación fraudulenta: trabajadores indefinidos no fijos
 - 2.2. Reversión de contrata para la gestión de servicios públicos
 - 2.2.1. Consideraciones finales

Referencias bibliográficas

Cómo citar este estudio:

Rodrigo Sanbartolomé, F. A. (2018). El contrato de trabajo y la finalización de las contrata: el caso particular de la recuperación de servicios previamente externalizados por parte de las Administraciones públicas. *RTSS. CEF*, 419, 77-112.

1. EL CONTRATO DE TRABAJO Y LA FINALIZACIÓN DE LAS CONTRATAS

El destino de las relaciones laborales afectas a una contrata a la finalización de esta depende, en primer lugar, de si la actividad contratada o subcontratada va a ser continuada por un nuevo contratista o por el empresario principal o si, por el contrario, dicha actividad quedará definitivamente amortizada.

1.1. CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD POR UN NUEVO CONTRATISTA O REVERSIÓN EN EL EMPRESARIO PRINCIPAL

1.1.1. Subrogación de las relaciones laborales por sucesión de empresa

En caso de continuidad de la actividad por un nuevo contratista o por el comitente, la pervivencia de los contratos de los trabajadores empleados en la contrata queda supeditada a la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en función de si el nuevo empresario que asume la actividad contratada recibe una organización productiva con la que desarrollar aquella o esta debe ser aportada por él mismo y, por tanto, dependerá de si puede o no considerarse que existe una transmisión de empresas que ponga en juego la subrogación del nuevo titular en las relaciones laborales del anterior empresario prevista en dicho precepto¹.

¹ A modo de resumen, cabe recordar que, según el artículo 44 del ET, la sucesión de empresas –la cual, de acuerdo con su apdo. 2, se produce 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 (...)»– no extingue por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior. Sin embargo, en el ámbito de las contratas, el Tribunal Supremo, en senda iniciada en Sentencia de 13 de marzo de 1990 y, muy especialmente, por la importantísima Sentencia de 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992) y seguida por otras, como las de 23 de febrero y 14 de diciembre de 1994 (recs. 1065/1993 y 469/1994) y la de 6 de febrero de 1997 (rec. 1886/1996), así como por el Auto de 21 de octubre de 1998 (rec. 3556/1997), sentó que la pretendida transmisión de contratas no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando. De ahí que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesta por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptado por el nuevo contratista (SSTS de 22 de mayo de 2000 –rec. 2892/1999– y 1 de diciembre de 1999 –rec. 1421/1999– o la de 18 de septiembre de 2000 –rec. 2281/1999–). Y, asimismo, se clarificó que ni la contrata ni la concesión administrativa son en sí mismas unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 del ET, salvo entrega al concesionario o contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. Sin que equivalga, según las SSTS de 30 de

A lo anterior debe añadirse que, por virtud de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla², en el caso de sectores que descansan fundamentalmente sobre el uso de mano de obra, bastaría, a efectos de subrogación, con el traspaso de una parte esencial, en términos de número y competencia, del personal dedicado a la contrata anterior³. Pero, además, en estos casos de mantenimiento de la actividad por un nuevo contratista o por el comitente, la subrogación podrá ser también convencional –pactada en convenio colectivo– o derivar, en su caso, de los pliegos de condiciones de las concesiones de las Administraciones públicas, sin perjuicio de que pueda resultar también de un acuerdo entre las empresas cedente y cesionaria, requiriéndose en estos últimos casos el consentimiento del trabajador⁴.

1.1.2. Extinción de los contratos de trabajo

En caso de que, por no transmitirse un conjunto de elementos organizativos que permitan desarrollar la actividad –o un equipo esencial de trabajadores en los sectores basados en el uso de mano de obra–, no pueda operar la subrogación legal mencionada ni tampoco nos encontremos ante algún otro de los supuestos de subrogación (convencional, pliegos de condiciones de las concesiones, etc.)⁵, no puede obligarse al nuevo titular a asumir a los trabajadores del anterior y

diciembre de 1993 (rec. 3218/1992) y 25 de octubre de 1996 (rec. 804/1996), a dicha transmisión patrimonial la mera puesta a disposición de los elementos necesarios para la prestación del servicio pero sin transmisión dominical. Por el contrario, las SSTS de 30 de octubre de 1986 y 16 de mayo de 1990, incluyeron el arrendamiento de industria.

² La STJCE de 11 de marzo de 1997 (C-13/95) (asunto Sützen), con remisión a la STJCE de 19 de septiembre de 1995 (C-48/94) (asunto Rygaard), matizó que el concepto de entidad económica objeto de la transmisión queda referido a un conjunto organizado de elementos/personas que permiten la continuación de la actividad de forma estable. Y especificó que no es suficiente en el caso de sucesión de contratistas con que el servicio prestado sea el mismo, puesto que el mantenimiento de la identidad de la entidad no puede derivar solo de su actividad sino también de otros elementos, como el personal que la integra, y aunque la cesión de elementos materiales o inmateriales de activo sea uno de los criterios primordiales a la hora de valorar la existencia de transmisión de empresa, esta tampoco debe considerarse imprescindible en determinados sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, para los cuales un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera un actividad común puede considerarse entidad económica que permitirá al nuevo empresario que con posterioridad a la transmisión se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba a tal actividad, continuar con esta de forma estable. En idéntico sentido se pronunciaron, con posterioridad, entre otras, las SSTJCE de 2 de diciembre de 1999 (C-234/98) (asunto Allen) y 24 de enero de 2002 (C-51/00) (asunto Temco).

³ Las sentencias pioneras, tras no pocas reticencias, de la recepción de dicha doctrina por nuestro Tribunal Supremo fueron las de 20 y 27 de octubre de 2004 (recs. 4424/2003 y 899/2002) y, más recientemente, las SSTS de 24 de julio de 2013 (rec. 3228/2012) y 9 y 10 de julio de 2014 (recs. 1201/2013 y 1051/2013).

⁴ SSTS de 2 de noviembre de 2005 (rec. 2740/2004), 14 de noviembre de 2002 (rec. 3136/2001), 29 de febrero de 2000 (rec. 4949/1998), 11 de abril de 2000 (rec. 2846/1999), 23 de octubre de 2001 (rec. 804/2000), 19 de febrero de 2003 (rec. 3972/2001), 8 de abril de 2003 (rec. 3965/2001) y 27 de julio de 2005 (rec. 1348/2004), entre otras.

⁵ Sala (2005, p. 24) resalta las probables dificultades que, en materia de subrogación convencional, plantean los supuestos de encargo de actividad y reasunción de la misma por empresas principales que, habitualmente, no están en la misma unidad de negociación que las empresas contratistas, a las cuales no les será, por tanto, de aplicación

sus contratos de trabajo podrían extinguirse válidamente por el contratista saliente si resulta aplicable alguna de las causas generales de extinción previstas legalmente en el artículo 49.1 del ET.

Pero, además, hay que matizar que, incluso concurriendo los requisitos que determinan la existencia de transmisión de empresas y debiendo operar, por lo tanto, la subrogación legal de las relaciones laborales en el nuevo contratista o empresario, lo que el artículo 44.1 del ET⁶ determina es 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 (...)», lo cual únicamente impide que, concurriendo los requisitos legales de la sucesión de empresas, el mero hecho mismo del cambio de contratista o reversión de la actividad en el comitente pueda servir de base a una decisión extintiva por parte del anterior o nuevo empleador⁷.

De cualquier modo, en estos casos de finalizaciones de contratos, de entre las distintas causas de extinción del contrato de trabajo, normalmente cobrarán especial protagonismo las previstas en las letras i) y l) (extinciones por causas empresariales), j) (incumplimiento del empresario), g) (extinción de la personalidad jurídica) o c) (realización de la obra o servicio objeto del contrato) del citado artículo 49.1 del ET.

- En efecto, el vacío (total o parcial) de actividad que para la empresa contratista origina la finalización de la contrata favorecerá, en muchos casos, la alegación –al amparo de los arts. 49.1 i) y l) y 51 y 52 c) ET– de causa económica por pérdida persistente de ingresos con incidencia importante en los resultados económicos de aquella o, en su caso, de causas organizativas provocadas por el desajuste organizacional surgido e, incluso, productivas basadas en la pérdida de actividad y demanda⁸.

lo dispuesto en el convenio sectorial de referencia (con cita de la STS de 6 de febrero de 1997). Me remito, en este mismo sentido, a lo señalado en el último capítulo del presente estudio, en cuanto a las dificultades de aplicación de tales cláusulas de subrogación convencional en los casos de reversión de la actividad cuando los comitentes que reasumen la actividad son entidades públicas, concretamente corporaciones locales.

⁶ Como el artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE: «El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de estos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario».

⁷ Así, por ejemplo, será posible la extinción del contrato por el nuevo empleador subrogado si, una vez consumada la subrogación, concurre, incluso simultáneamente pero de manera independiente del cambio de empresario, alguna causa válida de extinción del mismo.

⁸ En relación con estas situaciones en las que puede crear confusión, en estos casos de sucesión de contratistas, la conjunción sobre un mismo supuesto fáctico de elementos que conducen a la aplicabilidad de la obligación de subrogación y la posibilidad de extinciones objetivas, cabe recordar la doctrina de la jurisprudencia comunitaria europea –legítima intérprete de esta materia– contenida en la STJCE de 7 de marzo de 1996 (C-171/94) (asunto Merckx y Neuhuys), según la cual, no implica la inexistencia de una transmisión, a los efectos de la directiva sobre transmisión de empresas, el hecho de que se hayan producido despidos por causas económicas, técnicas u organizativas, pues aunque, a la luz del artículo 4.1 de la directiva, la transmisión no constituirá por sí misma motivo de despido, ello no bloquea la posibilidad de estos despidos en caso de concurrir causa para ello, ni impide la aplicación de las obligaciones subrogatorias previstas en la directiva en los restantes casos.

- Asimismo, en el caso de empresas contratistas cuyo objeto de actividad estuviera primordialmente constituido por el encargo subcontratado, la situación producida por su finalización puede llevar al punto de que el empresario no pueda asignar nuevas tareas al trabajador e incumpla así su obligación de proporcionarle ocupación efectiva [art. 4.2 a) ET: derecho de los trabajadores en la relación de trabajo] posibilitando, de este modo, la extinción del contrato a instancia del trabajador por la causa prevista en el la letra j) del artículo 49.1 del ET. Al extremo, la finalización de la contrata en los casos de total dependencia de esta podrían abocar a la desaparición total de la propia empresa contratista, debiendo seguirse también, en estos casos, según lo preceptuado en el artículo 49.1 g), los trámites previstos en el artículo 51 del ET.
- Finalmente, merecen especial atención –por su importancia cuantitativa– los supuestos en los que teniendo la contrata por objeto la realización de obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa contratista y con duración limitada pero incierta se hubiesen formalizado con los trabajadores correspondientes, al amparo del artículo 15.1 a) del ET, contratos de duración determinada por obra o servicio y la total realización de estos determinase, a su vez, la finalización de la contrata y la extinción de los contratos afectados. Ocurre, sin embargo, muy especialmente en el ámbito de las contrataciones de las Administraciones públicas, que esta vía ha sido frecuentemente utilizada en casos en los que la contrata no tenía por objeto la realización de una obra o servicio determinados (con un principio y un fin) sino la ejecución de actividades permanentes vinculadas a concesiones administrativas de duración limitada –y normalmente cierta– y que, por lo tanto, no reunirían los requisitos exigidos por la literalidad del artículo 15.1 a) del ET pero sin que ello haya constituido un obstáculo para la admisión, en reiteradas ocasiones, de la licitud de estas prácticas por el Tribunal Supremo⁹.

Según esta doctrina jurisprudencial –que ha alcanzado notable arraigo–, la temporalidad (conocida desde el inicio) de la contrata o concesión administrativa determina una necesidad limitada de mano de obra que opera como un límite a la duración del contrato de trabajo pues, desde el principio, es sabido que la actividad laboral se presta por razón del encargo de un tercero y mientras este se mantenga¹⁰.

⁹ SSTS de 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992), 25 de octubre de 1996 (rec. 804/1996), 29 de abril de 1998 (rec. 1696/1997), 8 de junio de 1999 (rec. 3009/1998), 19 de marzo y 19 de junio de 2002 (recs. 4216/2000 y 4225/2000) e incluso la STC 66/1987, de 21 de mayo. *Vid.* Rodríguez, 2006.

¹⁰ La STS de 23 de septiembre de 2008 (rec. 2126/2007) contiene una completa síntesis de esta doctrina. Un extracto de ella sería:

La STS de 10 de junio de 2008 (RCUD. 1204/2007), que resumió lo unificado en las STS de 15 de enero de 1997 (rec. 3827/95), 8 de junio de 1999 (rec. 3009/98), 20 de noviembre de 2000 (rec. 3134/99), 26 de

En mi opinión, esta interpretación incurre en un error fundamental al considerar objeto del contrato de trabajo a la contrata en sí misma y no a la obra o servicio que se ejecuta. En efecto, el artículo 15.1 a) del ET impone como presupuesto para la válida celebración de un contrato por obra o servicio determinado que la actividad laboral que el trabajador deba desempeñar tenga por su propia naturaleza un principio y un fin –en principio incierto– con independencia de las fórmulas mercantiles que hayan generado el negocio para la empresa y ello tanto si la empresa presta o coloca directamente los servicios o productos de forma autónoma y permanente en el mercado como si desarrolla la actividad temporalmente para un tercero en virtud de una contrata mientras esta dure.

Como ha señalado parte de la doctrina, en otro caso se estaría haciendo depender al trabajador de elementos que no afectan directamente a la naturaleza de su actividad laboral (de lo que hace) sino de aspectos más bien relacionados con el negocio y el riesgo empresarial (los mecanismos mercantiles que originan la actividad), contradiciendo con ello uno de los requisitos esenciales de la relación laboral: la ajenidad (art. 1.1 ET).

Lo más grave es que esta doctrina de la necesidad limitada de mano de obra se venía aplicando incluso por encima de los casos en que (en virtud de la aplicabilidad del art. 44 ET o, en su caso, de lo prescrito en los convenios colectivos de aplicación o en los pliegos de cláusulas administrativas de la concesión) debiera operar la subrogación del nuevo contratista en las relaciones laborales del anterior; permitiéndose –sin más– su extinción por considerarse que la finalización de la contrata equivalía a la conclusión de la obra o servicio del contrato de duración determinada regulado por el artículo 15.1 a) del ET (a favor, Sala, 2005, p. 22). Esto último, sin embargo, afortunadamente está siendo superado por influencia de la normativa comunitaria sobre

junio de 2001 (rec. 3888/00) y 14 de junio de 2007 (rec. 2301/06), afirmando que en las anteriores «tras reconocer la existencia en la doctrina de dicha Sala de algunas divergencias de criterio sobre la posibilidad de que la duración de una contrata pueda actuar como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato de obra o servicio determinado, se unifica la doctrina en los siguientes términos: 1.º Se recoge, en primer lugar, que en estos casos es claro que no existe, desde la perspectiva de la actividad de la empresa principal, "un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización". 2.º Pero se reconoce que en estos casos existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, que "esa necesidad está objetivamente definida y que esa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga este". 3.º Se precisa también que no cabe objetar que "la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción) y que tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que este pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa solo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato"»

transmisión de empresas¹¹ y de la jurisprudencia de Tribunal de Justicia Europeo¹², pasando a prevalecer una nueva doctrina¹³ que impide la extinción cuando, por concurrir una efectiva transmisión de elementos patrimoniales suficientes, exista «sucesión de empresas» ex artículo 44 del ET, o por vía convencional o de cláusulas administrativas de la concesión proceda, asimismo, la correspondiente subrogación.

De este modo, como señala Sala (2005, p. 22) refiriéndose a las cláusulas de los convenios colectivos que imponen la subrogación, «sea cual sea la modalidad de contrato de trabajo de tales trabajadores», cuando se tratara de contratos por obra o servicio determinado formalizados para atender a la contrata que finaliza, habrá que entender –parece– que el nuevo contrato resultante tras la subrogación será también por obra o servicio determinado con una duración coincidente con la de la nueva contrata, siendo dudoso si se transmite en la nueva empresa la antigüedad acumulada con el contrato anterior. Como el autor resalta, habrá que reconocer que de este modo se crea, *de facto*, por vía convencional, una figura contractual cercana al contrato por tiempo indefinido, si bien sometido a la condición suspensiva de que la obra o servicio tenga continuidad por medio de nuevas contrata o, directamente, a través del empresario principal y mientras siga vigente un convenio que incluya tal cláusula subrogatoria.

Por último, debe tenerse en cuenta –como señala Rodríguez (2006, pp. 180-182)– que este mantenimiento del contrato de obra por vía convencional (o de cláusulas administrativas de la concesión) genera –a su vez– nuevos problemas (básicamente por el escaso juego que se permite en este ámbito a las cláusulas de convenios colectivos y de los pliegos de condiciones administrativas de las concesiones por su sometimiento a la jerarquía normativa prevista en el art. 3 ET

¹¹ Directivas 77/1987/CEE y 98/50/CE, refundidas en la Directiva 2001/23/CE.

¹² Son múltiples las STJCE que se refieren a la cuestión, tales como las de 10 de diciembre de 1998 (asunto Hernández Vidal) (C-127/96) y (asunto Sánchez Hidalgo) (C-173/96) y 7 de marzo de 1996 (Merckx y Neuhuys), entre otras muchas. No obstante, se manifiesta en contra la STJUE de 20 de enero de 2011 (C-463/09) (caso CLECE, Socorro Martín), si bien por entender que en el concreto caso planteado no concurrían los requisitos necesarios para la consideración de la existencia de sucesión de plantilla.

¹³ SSTS de 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992), 10 de junio de 1991 (rec. 719/1990), 29 de diciembre de 1997 (rec. 1745/1997), 19 de marzo y 19 de junio de 2002 (reces. 4216/2000 y 2002/7492), 14 de abril de 2003 (rec. 4228/2000) y 27 de octubre de 2004 (rec. 899/2002).

La STS de 17 de junio de 2008 (rec. 4426/2006), refiriéndose a un supuesto en el que el mismo contratista resultaba ser el nuevo adjudicatario de la contrata, se inspira en la citada doctrina comunitaria europea, para señalar:

(...) si cuando un tercero sustituye a otro en la explotación de un servicio o concesión y asume parte de la plantilla del anterior adjudicatario de la actividad, se le obliga a contratar a todas las personas que estaban empleadas en ella, más razones en favor de la pervivencia de los contratos laborales, suscritos con el fin de atender las necesidades de determinada contrata, cuando no existe cambio en la titularidad de la actividad económica, sino continuidad de la misma, al haberse adjudicado de nuevo la explotación de esa actividad al mismo contratista.

y al carácter indisponible y de norma mínima del art. 44 ET)¹⁴, que, a mi juicio, solo se resuelven eliminando interpretaciones demasiado flexibles del artículo 15.1 a) del ET y sin que ello deba producir necesariamente, a la finalización de las contrataciones o concesiones administrativas, un efecto asfixiante ya que –como hemos visto anteriormente– quedan abiertas, en estos casos, múltiples posibilidades extintivas [por ejemplo, las citadas letras i), l), j), g) o, incluso, c) –cuando verdaderamente proceda– del art. 49.1 ET].

1.2. AMORTIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD DESCENTRALIZADA

En los supuestos en que la actividad descentralizada no revierte ni en el empresario principal ni en un nuevo contratista, serán de aplicación las consideraciones antes realizadas para el caso en que, existiendo dicha reversión o continuidad, no fuera posible la subrogación por no existir legalmente sucesión de empresas. Es decir, que, en su caso, procedería la extinción de los contratos de trabajo por cualquiera de las causas generales de extinción previstas legalmente en los términos que ya han sido comentados¹⁵.

Ello, no obstante, especialmente a raíz de casos relativos a concesiones administrativas, se ha planteado¹⁶ –principalmente con el fin de evitar fraudes consistentes en la inicial amortización de actividad con efectos extintivos seguida de una posterior reanudación– la posibilidad de establecer una especie de derecho latente de llamamiento de los trabajadores afectados (similar al previsto para los fijos discontinuos) con efecto subrogatorio automático en el nuevo titular en caso de reanudación de la actividad amortizada¹⁷.

¹⁴ Como más arriba se ha indicado (Sala, 2005), las dificultades prácticas para la aplicación de las cláusulas subrogatorias de origen convencional suelen ser habituales. En el mismo sentido, Martínez (2000, pp. 83 y ss.) subraya que las cláusulas de los convenios colectivos que imponen obligaciones subrogatorias encuentran, además de las dificultades de rango jerárquico señaladas, otras que ha ido poniendo de manifiesto la jurisprudencia (STS de 14 de diciembre de 1994 –rec. 469/1994– y STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 1995 –rec. 1896/1995–) relacionadas con su falta de fuerza vinculante sobre eventuales sujetos contratistas no comprendidos en el sector que delimita el ámbito de aplicación de los mismos o por los límites derivados de la eficacia limitada a las empresas representadas por los firmantes en los casos de convenios extraestatutarios.

¹⁵ Parece lógico que la extinción corresponderá a la empresa principal o a la contratista según exista reversión inicial y posterior amortización de la actividad o bien directamente amortización sin recuperación previa de aquella por la principal.

¹⁶ SSTs de 5 de febrero de 1991 y 26 de mayo de 1987. También las SSTSJ de Cataluña de 16 de mayo de 1999 (rec. 9743/1998), Valencia de 20 de febrero de 1996 (rec. 1489/1995), Castilla-La Mancha de 19 de noviembre de 1998 (rec. 1093/1998) y Madrid de 17 de mayo de 2005 (rec. 1686/2005). Todas ellas aparecen citadas en Rodríguez (2006).

¹⁷ Rodríguez (2006) apunta la posibilidad de considerar a los trabajadores afectados, en estos casos, en situación legal de desempleo a efectos de causar derecho a estas prestaciones en tanto no se produzca la reanudación de la actividad e, incluso, sopesa el abono de indemnizaciones parecidas a las previstas en el ET para la extinción por causas objetivas.

1.3. JURISPRUDENCIA SOBRE LA EXTINCIÓN POR CAUSAS OBJETIVAS A LA FINALIZACIÓN DE LA CONTRATA

De entre las distintas causas de extinción del contrato de trabajo más operativas en las finalizaciones de contrata que se acaban de analizar, cobran especial protagonismo, por su frecuente alegación y carácter controvertido, las previstas en las letras i) y l) (causas empresariales) del artículo 49.1 del ET. Pese a ello, son relativamente recientes las sentencias principales que el Tribunal Supremo ha dedicado a ello. Estas son las SSTS de 7 de junio de 2007, 31 de enero de 2008 y 12 de diciembre de 2008 (recs. 191/2006, 1719/2007 y 4555/2007, respectivamente), siendo numerosa la doctrina de suplicación¹⁸. La primera de estas sentencias, si bien acepta –con argumentos *obiter dicta*– la procedencia de la extinción por la causa prevista en el artículo 52 c) del ET en un caso de terminación de contrata, lo hace porque, a su juicio, dicha finalización tiene su origen en la circunstancia excepcional sobrevenida consistente en el cierre del centro de trabajo en que se prestaban los servicios de limpieza por la empresa contratista pero no por el hecho genérico, en sí mismo, de que las contrata lleguen a su fin, «pues es una situación que se da habitualmente en la actuación de dichas empresas» (las que se dedican a las contrata).

Se trata, pues, de una doctrina (la contenida en esta STS de 7 de junio de 2007 –rec. 191/2006–) contraria a la admisión de la extinción por causas objetivas cuando la finalización de la contrata acontece por circunstancias normales (previsibles)¹⁹.

Por el contrario, la STS de 31 de enero de 2008 (1719/2007) mantiene una postura favorable a la admisión de estas extinciones al señalar:

respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, (...) y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa (...). (...) nos encontramos ante una causa justificativa del despido.

Generando cierta disparidad con la sentencia anterior, que dejaba el tema abierto y por definir en el ámbito jurisprudencial.

¹⁸ SSTSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2008 (rec. 6869/2007), Madrid de 2 de octubre de 2001 (rec. 3178/2001), País Vasco de 12 de abril de 2005 (rec. 480/2005), como representativas de la interpretación restrictiva de esta materia. Las SSTSJ de Asturias de 3 de mayo de 2002 (rec. 3430/2001), Baleares de 6 de mayo de 2005 (rec. 28/2005), Madrid de 23 de enero de 2002 (rec. 4531/2001), 7 de febrero (rec. 5039/2004), 21 de marzo (rec. 6278/2004) y 16 de mayo de 2005 (rec. 1609/2005), 25 de septiembre (rec. 1394/2007) y 22 de enero de 2007 (recs. 4684/2006 y 4535/2006) y Navarra de 20 de febrero de 2003 (rec. 36/2003), que mantienen una posición más flexible. Todas ellas aparecen citadas por Goerlich (2008).

¹⁹ Así pues, parece claro que sienta una doctrina restrictiva aun cuando –como señala Goerlich (2008)–, paradójicamente, la STS de 31 de enero de 2008 (rec. 1719/2007) la cite, precisamente, como antecedente de su interpretación favorable a la admisión de estas extinciones.

Posteriormente, la STS de 12 de diciembre de 2008 (4555/2007) transcribe este último texto considerándolo comprensivo de la «doctrina jurisprudencial reiterada» del Tribunal Supremo, aunque inexplicablemente utilice, como la anterior, como base de esta afirmación la cita de la STS de 7 de junio de 2007 (rec. 191/2006) —que como ya hemos explicado, contenía el criterio contrario— y omite, por ejemplo, la cita de la STS de 31 de enero de 2008 (rec. 1719/2007), que es la que realmente contiene la misma doctrina.

Bajo mi punto de vista, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, estos casos deberían poder resolverse según los siguientes razonamientos:

- En primer lugar, debe partirse de entender que no sirve como mecanismo de solución para estos casos la celebración de contratos de obra o servicio determinado, salvo en el caso de contrata que tengan por objeto la realización de obras o servicios con sustantividad propia en la actividad de la empresa contratista y cuya duración (por la propia naturaleza de la actividad encomendada y no por los términos estipulados en la contrata) sea limitada en el tiempo pero incierta (lo cual no será lo más habitual dada la inmensidad de contrata que se formalizan para la prestación de servicios, tales como limpieza, mantenimiento, jardinería, que tienen en sí mismas carácter permanente)²⁰.

Asimismo, cabe defender aquí la inoperatividad de las reducciones parciales de contrata a efectos extintivos de los contratos por obra o servicio a ellas vinculados, pese a que el Tribunal Supremo en algunas sentencias (SSTS de 18 de diciembre de 2012 y de 16 de mayo de 2013 —recs. 1117/2012 y 2062/2012—) argumente que ello es perfectamente admisible y conforme con la regulación legal, sobre la base de que puede entenderse que quedan sometidos a la condición resolutoria de finalización de su objeto, y reserve la vía del despido objetivo únicamente cuando se trate de contratos indefinidos. Otras sentencias, sin embargo, como las SSTS de 22 de diciembre de 2011 (rec. 357/2011) y de 8 de noviembre de 2010 (rec. 4173/2009) entienden que, de este modo, se produciría indefensión en los trabajadores y desnaturalizaría el contrato por obra o servicio determinado desde la perspectiva de su concepción legal, porque al sujetar la extinción a la disminución del volumen de la contrata se impide identificar la obra o servicio para la que el trabajador es contratado así como también la determinación del momento y forma en que una u otro pueden considerarse acabados, lo cual supondría una elusión de los términos en los que legalmente se configura esta causa extintiva. Ambas sentencias encauzan las finalizaciones de contratos, en estos supuestos de disminución de volumen de la contrata, por la vía de la extinción por causas objetivas.

En efecto, el propio Tribunal Supremo había reconocido ya, asimismo, a la finalización de contrata el carácter de causa productiva u organizativa para la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo en estos casos (SSTS de 21 de marzo

²⁰ Vid. en contrario la doctrina resumida en la STS de 23 de septiembre de 2008 (rec. 2126/2007) ya citada.

de 1997 –rec. 3755/1996–, 21 de julio de 2003 –rec. 4454/2002–, 16 de septiembre de 2009 –rec. 2027/2008–, 16 de mayo de 2011 –rec. 2727/2010–, 8 de julio de 2011 –rec. 3159/2010– y 8 de julio de 2012 –rec. 2341/2011–). De lo contrario, se estaría permitiendo, *de facto*, que mediante el simple acuerdo de voluntades entre las partes para la celebración de un contrato temporal, se eluda la aplicación de la normativa estatutaria prevista para las crisis de empresa en los casos en que realmente no se produce la conclusión natural de obras o servicios sino pérdidas de pedidos, ventas o actividad en general.

- En segundo lugar, por lo tanto, la vía del despido objetivo será procedente, en mi opinión, siguiendo lo preceptuado en los artículos 51.1 y 52 c) del ET, cuando la finalización de la contrata pueda considerarse constitutiva de causa económica, técnica, organizativa o de producción. A la hora de apreciar la concurrencia de tales causas puede resultar muy útil distinguir según se produzca o no subrogación en un nuevo contratista de las relaciones laborales de los trabajadores afectados.
 - Así, si se produce la asunción de los trabajadores por una nueva empresa contratista (por aplicación del art. 44 ET, pliegos de cláusulas administrativas que rigen las contrata o por convenio colectivo), no será posible alegar causa organizativa por la contratista anterior ya que ningún exceso de personal u otro desajuste organizativo se le habrá ocasionado con la finalización de la contrata. Tendrá menor actividad pero también la disminución correspondiente en el volumen de trabajadores.

Otra cosa será la procedencia, en estos casos subrogatorios, de alegar causas económicas basándose en la potencialidad que la pérdida del encargo pueda tener, a efectos, provocar una situación económica negativa por disminución persistente de ingresos o por generar pérdidas o, incluso, causas productivas por la incidencia que la caída de la demanda producida tenga sobre el volumen global de actividad de la empresa (art. 51.1 ET).

- En los casos en los que no exista subrogación en un nuevo contratista (por no ser de aplicación las normas citadas en el punto anterior, por amortizarse la actividad subcontratada u otros motivos, como por ejemplo, el caso de la STS de 7 de junio de 2007 –rec. 191/2006–: cierre del centro de trabajo o establecimiento en que se prestaban servicios) sí que parece posible admitir de manera cuasiautomática la concurrencia de causa organizativa²¹, sin

²¹ La STS de 12 de diciembre de 2008 (rec. 4555/2007) implícitamente admite también que esta conclusión está subordinada a que no se produzca subrogación en un nuevo contratista en el inciso final de su fundamento jurídico 4.º, al señalar que:

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto debatido conduce a la desestimación del recurso, dado que la demandada Eulen, SL, extinguió los contratos a los actores al amparo de lo dispuesto en el 52 c) ET, al haber procedido el Ayuntamiento de Carballo a dar por finalizado el contrato en su día suscrito con

perjuicio de la posibilidad de acudir a las causas económicas o productivas antes aludidas, previa prueba de las circunstancias a que el nuevo artículo 51.1 del ET, resultante de la reforma laboral de 2012, las ha condicionado. En efecto, en estos casos parece claro que, generalmente, la terminación de la contrata originará un desajuste organizativo (específicamente, un exceso de personal) si la actividad finalizada era suficientemente importante (no marginal)²². Contra el criterio mantenido por la STS de 7 de junio de 2007 (rec. 191/2006), coincido, asimismo, con Goerlich (2008), en la irrelevancia, a estos efectos, del dato de la previsibilidad de la finalización de las contrata para las empresas que se dedican a ellas. En efecto, si de un lado he defendido la invalidez de dicho dato para justificar por sí mismo (con carácter general y con independencia de la naturaleza real de la actividad a desarrollar) la formalización del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, resultará, por otro lado, obligado desproveerlo también de virtualidad para impedir la extinción por causas objetivas una vez cumplidos los requisitos legales (del mismo modo que tampoco impide dichas extinciones en las empresas que no se dedican específicamente a las contrata el dato de que estas conozcan de antemano que las fluctuaciones generales de la demanda suponen un riesgo potencial para su negocio)²³ a riesgo de producir, en otro caso, absurdas situaciones de bloqueo. Esto es, no se deberían formalizar contratos por obra o servicio determinado basados en el solo fundamento de que existe una necesidad previsiblemente temporal de mano de obra, pero lo que tampoco es razonable es que no se pueda extinguir el contrato por causa objetiva por el hecho de que fuera previsible que la contrata podía finalizar y el negocio de la empresa podría terminar por decaer.

1.4. SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES A DESPEDIR

Señala Goerlich (2008, p. 4) que la lógica aparente en favor de que los trabajadores a despedir deben ser los asignados al desarrollo de las actividades propias de la contrata que finaliza (en este sentido, cita la STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006 –rec. 5349/2005–) puede que no tenga

dicha empresa para el mantenimiento de parques y jardines del Concello de Carballo, actividad en la que prestaban sus servicios los actores, sin que existiera nueva adjudicataria de la contrata, asumiendo el ayuntamiento el servicio con sus propios medios.

²² Salvo que fuera posible el acomodo de los trabajadores sobrantes en otras actividades de la misma. Concretamente, se me ocurre que dicho acomodo sería posible en otras actividades de la empresa que pudieran presentar carencias de personal, por estar deficientemente atendidas de origen o por coincidir en el tiempo la finalización de la contrata con un incremento de la demanda en estas otras actividades preexistentes o con la contratación de nuevos encargos.

²³ Goerlich expresa esto con las siguientes palabras: «(...) si se piensa bien, su situación no es distinta de la que presentan las empresas cuyo objetivo sea poner bienes en el mercado, a disposición de un colectivo indiferenciado de clientes que, por las razones que sea, se retrae en su demanda» (2008, p. 4).

por qué prevalecer necesariamente (por razones legales, convencionales y jurisprudenciales)²⁴ y que, por tanto, sería defendible la posibilidad de que el empresario eligiera para el despido a otros trabajadores cuyos puestos pasarían a ser ocupados por los excedentes de la contrata finalizada.

A mayor abundamiento, por mi parte, entiendo que sería, además, lo más recomendable, pues: ¿por qué tendría el empresario que perder, además de la contrata, en su caso, a quienes bien podrían ser, hipotéticamente, sus mejores trabajadores por el mero hecho de que estuvieran adscritos a tareas propias de la contrata finalizada? Me parece, asimismo, la solución más acorde con el espíritu de la ley, pues no tratándose, en estos casos, de despidos disciplinarios del artículo 54 del ET (que atienden a la conducta de un trabajador concreto) ni objetivos de los previstos en las letras a) o b) del artículo 52 del ET (que atienden a circunstancias inherentes a la persona de un trabajador determinado) sino de despidos por causas empresariales (desvinculados, por tanto, de elementos subjetivos de los trabajadores que potencialmente puedan ser despedidos), debería facilitarse una libertad de elección de tales trabajadores a despedir, haciendo que el reequilibrio de la empresa entre costes/trabajadores e ingresos/comitentes fomente que tal proceso optimice la situación organizativa de la empresa, a lo cual indudablemente contribuye la permanencia en la empresa de sus mejores trabajadores con independencia de que los mismos hubieran estado ocupados en tareas correspondientes a la contrata que finaliza. Aun cuando, tras la reforma laboral de 2012, ya no sea una exigencia de la ley que la medida extintiva contribuya a mejorar la posición competitiva de la empresa en el mercado, sí que parece razonable reconocer al empleador cierta libertad no solo para ajustar su volumen de empleo a las exigencias de la demanda disminuyendo, mediante estas extinciones, el número de trabajadores sino también aprovechar este proceso para quedarse con los más adecuados o eficientes, con independencia de las actividades a las que hubieran estado adscritos con anterioridad²⁵.

Más allá de los casos de finalización de contrata, con carácter general, se ha venido reconociendo dicha libertad decisoria del empresario para seleccionar a los trabajadores afectados por los despidos por causas objetivas, entendiendo esta libertad como una manifestación más de su poder de organización y dirección. Pero dicho poder está sujeto a límites²⁶, dado que deben

²⁴ Vid. tales razones en Goerlich (2008).

²⁵ En general, por parte de la jurisprudencia no se ha considerado discriminatorio el recurso a criterios como la productividad individual (distinto de las disminuciones continuadas y voluntarias del rendimiento que pudieran servir de base a un despido disciplinario) o la polivalencia del trabajador a la hora de seleccionar los trabajadores a despedir por causas objetivas, al no tratarse de ninguno de los motivos previstos en el artículo 14 de la Constitución española (CE) y por ser criterios no inherentes a la persona del trabajador sino a su desempeño profesional. Vid. esta jurisprudencia en el riguroso trabajo sobre esta materia de Poquet (2013).

²⁶ Tal y como resume la STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2007 (rec. 7587/2006): los límites que se oponen a la empresa, que determinan el ámbito de extensión de sus facultades directivas, son los siguientes: a) límites constitucionales, derivados en general de la prohibición de discriminación, por cualquier causa que sea; b) límites legales, establecidos por el artículo 51.5 del ET, en el sentido de que los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa; c) límites en su caso pactados en los convenios colectivos correspondientes; d) límites pactados con los representantes colectivos de los trabajadores en el periodo de consultas. En sustancia, todas las

respetarse en todo caso los derechos fundamentales de los trabajadores, lo que incluye la prohibición de trato discriminatorio. Asimismo, los criterios empleados para la selección de los trabajadores afectados deben basarse en la razonabilidad y ser coherentes con los fines buscados, no pudiéndose admitir una designación que sea caprichosa o arbitraria. Son aplicables, además, otros límites que son inherentes al ejercicio de cualquier derecho, como son la ausencia de fraude de ley y abuso de derecho²⁷.

Cuando la actuación empresarial deba considerarse fraudulenta y arbitraria, vulnerándose tanto lo dispuesto en el artículo 51.2 del ET como en el artículo 8 del Real Decreto 801/2011, conllevará la declaración de nulidad del despido y la obligación de la empresa de readmitir al trabajador injustamente despedido (Sentencia del Juzgado de lo Social de Pamplona de 4 de enero de 2013 –proc. 853/2012–)²⁸.

fuentes de la relación laboral establecidas en el artículo 3 del ET pueden aportar límites aplicables a la facultad de dirección empresarial en materia de elección de los trabajadores afectados.

²⁷ Corresponde, pues, al empresario la selección del trabajador afectado y su decisión será revisable por los órganos jurisdiccionales en caso de fraude de ley o abuso de derecho o cuando se aprecien móviles discriminatorios (SSTS de 19 de enero de 1998 –rec. 1460/1997– y 15 de octubre de 2003 –rec. 1205/2003–).

²⁸ En cuanto a aspectos formales y de procedimiento, con carácter general, no existe obligación legal (ni en los arts. 51 y 53 ET ni en el RD 801/2011) de comunicar por escrito al trabajador cuáles han sido los criterios de selección generales o concretos aplicados y cuál ha sido la valoración obtenida al efecto por él y por los no afectados por el proceso de despido. Como señala la Sentencia del Juzgado de lo Social de Pamplona de 4 de enero de 2013 (proc. 853/2012):

(...) es verdad que para poder impugnar eficazmente la decisión empresarial puede ser necesario que el trabajador conozca los criterios utilizados y su forma de aplicación antes del juicio oral (listado de absentismo, criterios de productividad o polivalencia, sanciones, listado de fichajes, etc.), pero para ello el trabajador puede acudir a las vías de los actos preparatorios y/o de la prueba anticipada previstas en la legislación procesal y, al estar implicado el derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión que ampara al trabajador, en ningún caso la empresa puede actuar de forma obstruccionista y negarse a aportar la documentación que permita al trabajador realizar esa labor fiscalizadora o de control de la decisión de la empresa, ni puede tampoco la empresa ampararse en los derechos de protección de datos de otros trabajadores de la plantilla para denegar la aportación de la prueba documental solicitada por la parte demandante.

Ya desde antes de la reforma laboral de 2012 no era preciso comunicar, en la notificación del acto extintivo, aparte de la causa justificativa de la extinción (SSTS de 20 de octubre de 2005 –rec. 4153/2004– y 10 de julio de 2007 –rec. 636/2005–), los criterios empleados para seleccionar al trabajador. A partir de la reforma laboral de 2012, la comunicación extintiva individual deberá realizarse cumpliendo el artículo 53.1 del ET, de acuerdo con el cual la mención a tales criterios y motivos de selección seguirán no siendo exigibles (Baz, 2012). Sin embargo, estos sí deberán ser especificados en el escrito de iniciación del proceso de despido colectivo, de acuerdo con el artículo 51.2 del ET y con el Real Decreto 1483/2012 (en línea con lo previsto en el art. 2.3 de la Directiva 98/59 del Consejo, de 20 de julio), siendo suficiente con que se cuantifique el número de trabajadores afectados y sus categorías profesionales, sin necesidad de acompañar una relación nominativa de los mismos (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de octubre de 2008 –rec. 109/2006–). Una vez finalizado el periodo de consultas, el empresario podrá elaborar y hacer pública la lista definitiva de trabajadores afectados para lo que habrá de haberse ajustado a los criterios de selección comunicados en el escrito de iniciación así como, en su caso, a los pactados con los representantes de los trabajadores.

La citada libertad genérica de selección de los trabajadores afectados deriva del hecho de que nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que ocurre en los de otros Estados –excepción hecha de la previsión de un derecho a permanecer en la empresa de forma preferente en caso de ERE para los representantes legales de los trabajadores, tanto unitarios como delegados sindicales [art. 51.5 y 68 b) ET], así como para los trabajadores integrantes de los servicios de prevención y delegados de prevención (arts. 30.4 y 37 Ley de Prevención de Riesgos Laborales)– no contiene una regulación legal para esta materia que, atendiendo a circunstancias subjetivas individuales o familiares, pueda tratar de proteger especialmente a determinados colectivos de trabajadores, más vulnerables o susceptibles de tutela²⁹. En nuestro caso, la ley se muestra más flexible y opta por confiar esta función a lo que pueda acordarse en los periodos de consultas previstos en el artículo 51.2 del ET [letra e)] o mediante convenio colectivo, en orden a «(...) establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares³⁰, mayores de determinada edad o personas con discapacidad»³¹ (art. 51.5 ET, tras la reforma laboral de 2012).

En relación con los despidos colectivos, la STS de 20 de octubre de 2005 (rec. 4153/2004), referida a la legislación anterior, indicaba que constituye una causa de impugnación de la decisión empresarial el hecho de que la empresa no haya seguido los criterios de selección de los trabajadores acordados o cuando estos no se cumplan en el trabajador, pero debiendo tenerse en cuenta que, de acuerdo con la reciente STS de 25 de junio de 2014 (rec. 198/2013), la cuestión de:

(...) la valoración y enjuiciamiento sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, que, obviamente, es una decisión con efectos directa y primordialmente colectivos, como lo evidencia la propia naturaleza del proceso judicial que puede revisarla, no puede referirse al análisis concreto y minucioso de cada una de las situaciones particulares de los trabajadores individualmente afectados, posiblemente incluso aunque en alguna de ellas (y no es el caso: lo descarta con contundencia la propia sentencia impugnada) pudiera apreciarse algún indicio de discriminación o de un trato desigual prohibido por el ordenamiento, a salvo, claro está, si esos indicios pudieran llegar a implicar una lesión con proyección general sobre un derecho fundamental o el trato desigual real afectara a todo un grupo indiscriminado de trabajadores (tampoco es el caso). Es doctrina de la Sala, que por reiterada y uniforme nos excusa de cita concreta, que no es materia propia del conflicto colectivo, y la demanda de despido colectivo participa de la misma condición o naturaleza, la exigencia de un examen pormenorizado e individualizado de la situación de cada uno de los afectados integrantes del grupo genérico de trabajadores, pues esa discusión sería ya de las sustanciales en el proceso de despido individual ex artículo 124.13 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Ello, no obstante, hay que destacar que la misma cuenta con un voto particular.

²⁹ Se ha denunciado por la doctrina la ausencia de una regulación legal de estas características que tenga en cuenta las circunstancias subjetivas de los trabajadores a la hora de seleccionar a los afectados por el despido no solo desde el punto de vista de los costes individuales para estos sino también si se atiende a los costes sociales que este tipo de despidos originan. Pues, tratándose de despidos que suelen afectar a una pluralidad de trabajadores, si se protegiera preferentemente la conservación del empleo de quienes, por sus características personales y familiares, pueden tener mayores problemas para reincorporarse al mercado de trabajo (por cargas familiares, discapacidad, edad: más de 45 años, entre otras), se reduciría el tiempo de desempleo de los trabajadores afectados y el importe total de las prestaciones satisfechas, con consecuencias directas positivas sobre las tasas de paro, consumo, inversión y ahorro (Ginès, 2010; Poquet, 2012).

³⁰ La Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas, en su artículo 10.1, sugiere también a los convenios colectivos la inclusión de medidas de protección de los trabajadores con familia numerosa en relación con las extinciones de contratos de trabajo.

³¹ La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido (art. 38.1), y el artículo 4 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, al establecer un cupo mínimo del 2 % de trabajadores con discapacidad para empresas

2. EL CASO PARTICULAR DE LA RECUPERACIÓN DE SERVICIOS PREVIAMENTE EXTERNALIZADOS POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El conocido y exitoso fenómeno de la descentralización productiva, entendido como un modelo de organización empresarial enfocado a conseguir el ahorro de costes mediante el desplazamiento hacia el exterior de parcelas de actividad o incluso de la práctica totalidad de la misma, contrasta muy recientemente, especialmente en el sector público y más concretamente en el ámbito de las Administraciones públicas locales, con un proceso inverso tendente a la recuperación de servicios –y actividades en general– que habían sido previamente externalizados y pasan ahora, de nuevo, a prestarse directamente.

En efecto, este nuevo fenómeno ha venido desarrollándose en los últimos tiempos, propiciado, principalmente, por razones de mayor eficiencia (las Administraciones públicas se ahorran con la gestión directa de servicios públicos el pago del IVA en las facturas a abonar a las empresas contratistas, la cuales, lógicamente, también incluyen en el precio por sus servicios el importe correspondiente a sus márgenes de beneficio; se evitan, asimismo, los costes de los procesos y concursos de selección, licitación y supervisión de los agentes privados encargados de la prestación externalizada de servicios) y de calidad en la prestación de los servicios públicos que, en muchos casos, se había visto perjudicada por las exigencias y el modo de gestión propios de las variantes privatizadas³².

Desde el punto de vista jurídico-laboral, el problema principal que plantean estos procesos resulta de las dificultades para conciliar, por un lado, la necesidad de aplicar también a las Administraciones públicas las previsiones subrogatorias del artículo 44 del ET³³ cuando en estos

de más de 50 trabajadores fijos, vienen a incidir, indirectamente, asimismo, sobre la libertad empresarial de selección de los trabajadores a despedir, en la medida en que los discapacitados no podrán ser los designados cuando de ello resulte una reducción de dicha reserva legal mínima.

³² *Vid.* el excelente e inspirador trabajo de Alfonso, 2016.

³³ El artículo 1.2 del ET las incluye, con carácter general, en su ámbito de aplicación, pues considera empresarios a «todas las personas, físicas o jurídicas, (...) que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior»; *vid.*, asimismo, las SSTs de 10 de marzo de 1999 (rec. 2138/1998) y 11 de noviembre de 2004 (rec. 40/2004). En el mismo sentido, el artículo 1.1, letras b) y c), de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, tampoco las excluye, por principio, de su ámbito. Según la STJUE de 6 de septiembre de 2011 (C-108/10) (asunto Scattolon), el concepto de «empresa» en el sentido del artículo 1.1 de la directiva comprende cualquier entidad económica organizada de forma estable, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su sistema de financiación. Constituiría tal entidad todo conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica, suficientemente estructurada y autónoma, para la prosecución de un objetivo propio. En dicha «actividad económica» se incluiría cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado y se excluirían, por principio, las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, salvo las que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo, siempre que no guarden relación con el ejercicio de las mencionadas prerrogativas.

casos pueda considerarse que se produce sucesión empresarial y la finalidad de estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados perseguida por este precepto con, de otro lado, las exigencias constitucionales (arts. 23.2 y 103 CE) y legales (art. 55.1 RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–) para el acceso al empleo público, que por virtud de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad impiden la simple y llana consolidación de los mismos en el ámbito de las plantillas de dichas Administraciones públicas, sin la previa superación de los oportunos procesos selectivos que garanticen la aplicación de tales principios³⁴.

Como señala Alfonso (2016), la subrogación legal de los contratos de trabajo por sucesión de empresa por parte de la Administración pública que recupera el servicio será mucho más viable –y frecuente– en el caso de las contrata para la gestión de servicios públicos (es decir, aquellas en las que a la empresa contratista se le había encargado la prestación directa de servicios públicos a los ciudadanos requiriendo, normalmente, de una mayor infraestructura y medios) que en los casos de las contratos de servicios en los que, sin necesidad de contar con un volumen significativo de elementos materiales, se suelen prestar para la propia Administración pública contratante –no directamente para los ciudadanos– servicios tales como limpieza, vigilancia, mantenimiento informático, etc.

Ello es así, a mayor abundamiento, porque –como dije al principio de este estudio– la doctrina tradicional del Tribunal Supremo sentada en el ámbito de las contrata clarificó que ni estas ni la concesión administrativa son en sí mismas unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 del ET, siendo imprescindible la entrega al concesionario o contratista (o devolución a la entidad que recupera el servicio en nuestro caso) de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. Sin que equivalga a dicha transmisión

³⁴ Así, la STS de 20 de enero de 1998 (rec. 317/1997), con base en la STS de 24 de abril de 1990, resume:

En esta materia juegan normas de distintos ordenamientos –el laboral y el administrativo– que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil (...). El ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaleciendo de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contrae una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral.

patrimonial la mera puesta a disposición de los elementos necesarios para la prestación del servicio pero sin transmisión dominical³⁵, que es lo que precisamente ocurre en la mayor parte de las contrataciones con empresas prestatarias de servicios de limpieza, seguridad, colectividades o mantenimiento que aportan sus propios elementos o herramientas de trabajo o, en otro caso, no suelen adquirir la propiedad de los elementos que se les ponen a disposición.

La necesidad de transmisión de elementos patrimoniales es todavía más patente en el caso que estudiamos habida cuenta de que las dificultades que presenta la aplicación de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla³⁶ en los supuestos de entidades públicas receptoras de la actividad o servicio cuya gestión se recupera. Pues, a mi juicio, no resulta muy plausible en el ámbito público, con las limitaciones que –como veremos con más detalle– los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad imponen en el acceso al empleo público, que dichas entidades puedan generar la operatividad de esta doctrina mediante la contratación directa de un núcleo esencial de los trabajadores dedicados a la actividad con anterioridad en la empresa contratista o concesionaria. Del mismo modo que tampoco parece viable que la aplicación de dicha doctrina derive de la asunción de personal como consecuencia de compromisos de subrogación estipulados en los convenios colectivos aplicables al sector de actividad de que se trate, ya que, por principio, parece que hay que entender que estos no vinculan a las Administraciones públicas, dado que la mismas no deben considerarse comprendidas en su ámbito de aplicación, entre otras razones, principalmente, porque estas no habrán sido contempladas como sujetos negociadores de aquellos³⁷.

³⁵ SSTs de 30 de diciembre de 1993 (rec. 3218/1992) y 25 de octubre de 1996 (rec. 804/1996). Sin embargo, la SJTUE de 26 de noviembre de 2015 (C-509/14) (asunto ADIF) establece que la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23. La circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa.

³⁶ Como vimos, las SSTs de 20 y 27 de octubre de 2004 (recs. 4424/2003 y 899/2002) –y más recientemente las SSTs de 24 de julio de 2013 (rec. 3228/2012) y 9 y 10 de julio de 2014 (recs. 1201/2013 y 1051/2013)– suponen la recepción por nuestra jurisprudencia de la misma, implicando que en el caso de sectores que descansan fundamentalmente sobre el uso de mano de obra, bastaría, a estos efectos subrogatorios, con el traspaso de una parte esencial, en términos de número y competencia, del personal dedicado anteriormente a la actividad, sin necesidad de transmisión de elementos materiales.

³⁷ STSS de 17 de junio de 2011 (rec. 2855/2010), 11 de julio de 2011 (rec. 2861/2010) y 26 de julio de 2012 (rec. 3627/2011), (con apoyo en las anteriores de 10 de diciembre de 2008, rec. 2731/2007; 15 de diciembre de 1997, rec. 184/1997; 14 de marzo de 2005, rec. 6/2004 y 26 de abril de 2006, rec. 38/2004, representativas de que, con alguna excepción –SSTs de 7 de octubre de 2004, rec. 2182/2003 y de 1 de junio de 2005, 2474/2004– nuestra jurisprudencia, con carácter general, ha venido rechazando la aplicación a los Ayuntamientos de las cláusulas del convenio sectorial correspondiente).

2.1. RECUPERACIÓN DE CONTRATOS DE SERVICIOS

Como he avanzado, en el caso de los contratos de servicios, en general, en la mayoría de los servicios prestados para la Administración (seguridad, limpieza, mantenimiento informático, etc.) no intervendrán instalaciones o infraestructura suficientes, susceptibles de transmisión, a los efectos de constituir sucesión de empresas en el sentido del artículo 44 del ET y de la Directiva 2001/23.

Pero, además, cabe añadir que el artículo 308.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en vigor el 9 de marzo de 2018), ordena lo que sigue: «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 (...)». La expresión «en ningún caso» del precepto transcrito aparece, no obstante, como excesivamente amplia y, tal vez, pudiera cohonestarse en virtud del principio de especialidad en la aplicación de las normas con el artículo 44 del ET pero más difícilmente con la Directiva comunitaria 2001/23 situada por encima de ambas normas legales.

Podría entenderse, para salvar la validez de este precepto del TRLCSP, que esta norma legal no debe someterse a la directiva, ya que las directivas solo obligan en cuanto a la consecución de un resultado y, en general, el resultado está cumplido ya en nuestro país en el artículo 44 del ET. Podría esgrimirse también que la exclusión del ámbito de la directiva, por su artículo 1.1 c)³⁸, de las reestructuraciones administrativas la haría inaplicable en los casos en los que la recuperación de un servicio para prestarlo directamente responda a un proceso de cambio de estructura de las Administraciones públicas en cuestión.

Sin embargo, en mi opinión, el quid de la cuestión se encuentra en que el artículo 308.2 de la LCSP no prohíbe realmente la subrogación sino que solo habla de consolidación, si bien dicho veto a la consolidación –como veremos– no debería estar restringido a estos contratos de servicios sino a todos en general. Pero, particularmente, el legislador de la LCSP se refiere solo a los contratos de servicios consciente de que –como he dicho–, normalmente, no habrá transmisión de elementos productivos suficientes para activar la subrogación del artículo 44 del ET y de la directiva y parece más bien estar dirigiendo un mandato al sector público para que se evite asumir la plantilla adscrita a los servicios recuperados, subyaciendo la idea de que si la propia Administración pública absorbiera –voluntariamente, en estos casos– un equipo esencial del personal anteriormente dedicado a ellos, se llamaría a la aplicación de la doctrina comunitaria de sucesión de plantilla y, con ello, a la necesidad de subrogarse en los contratos de todo el personal que se dedicaba a estas actividades. Esto es lo que me parece que vendría a evitar el citado artículo 308.2 de

³⁸ «La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente directiva».

la LCSP. Se trataría, en definitiva, de impedir que en actividades propias de contratos de servicios (que, con carácter general, están basadas fundamentalmente en la mano de obra y sin gran relevancia de los elementos materiales) la Administración pública, por el hecho de pasar a desarrollar directamente las actividades, por ejemplo, de vigilancia o limpieza, empleando para ello al mismo grupo de vigilantes o equipo de limpiadores de las empresas contratistas a las que anteriormente se les tenía encomendado el servicio, deba asumir –y consolidar– en su seno a estos trabajadores e, incluso, a parte de la plantilla de estas empresas, sin siquiera mediar unas pruebas selectivas.

2.1.1. Eventual contratación fraudulenta: trabajadores indefinidos no fijos

Paralelamente a estos condicionantes que –como he dicho–, normalmente, coadyuvarán a que resulte más dificultosa la subrogación del personal afectado, en relación con los contratos de servicios hay que tener en cuenta, además, que al prestarse los servicios directamente para la Administración pública contratante (normalmente, en sus centros de trabajo e instalaciones) y no –más autónomamente–, como en los de gestión de servicios públicos, en favor de los ciudadanos o administrados, adquiere mayor significación jurídica la eventual concurrencia de los elementos de la ajenidad³⁹ y –especialmente– la dependencia⁴⁰ en el desarrollo de la actividad mientras se prestaba de forma externalizada.

Así pues, aunque la operatividad de la subrogación por sucesión empresarial sea mucho más limitada en este supuesto de contratos de servicios para la Administración, el hecho de que el servicio correspondiente haya podido ejecutarse, mientras se prestaba de forma externalizada, por cuenta de la Administración pública contratante dentro de su ámbito de organización y dirección mediante un contrato administrativo, nos sitúa, en determinados casos, ante la contingencia de que se pudiera estar encubriendo realmente una relación laboral⁴¹ al activar la presunción del artículo

³⁹ La contraprestación económica en régimen administrativo exige aprobación presupuestaria y expediente administrativo de autorización del gasto previos. Puede consistir en una cantidad a tanto alzado, en un precio por unidad o tiempo o resultar de tarifas de honorarios profesionales. Si no cumple estos requisitos o no está condicionada a resultados sino a la prestación de servicios en sí misma, esta contraprestación se aproximará más a un salario y será indicio de laboralidad (Aniorte, 2000, p. 92).

⁴⁰ Indicios de dependencia son que la actividad se realice bajo la dirección y control de los órganos competentes de la Administración, de manera que estos no den instrucciones generales sino órdenes concretas sobre el modo en que debe realizarse la prestación, el sometimiento a un horario prefijado, el reconocimiento de concretos periodos de descanso y de vacaciones, la exigencia de que la prestación se efectúe en un centro de la Administración cuando por su naturaleza la presencia sea innecesaria, etc. (Menéndez, 2000).

⁴¹ Como comenta Menéndez (2000):

(...) la Administración dispone de fórmulas administrativas y laborales. El contenido material de la prestación de servicios en ambos regímenes es en la práctica totalidad de las ocasiones idéntico, lo que permite a menudo el uso indistinto de dichas modalidades de contratación. (...) La proximidad del objeto, el empleo de fórmulas legales excesivamente amplias y cierta obsesión por eludir los condicionantes pro-

8.1 del ET⁴² y, tratándose en tal supuesto de una contratación laboral temporal fraudulenta, dar lugar a la consideración del trabajador como indefinido en aplicación del artículo 15.3 del ET⁴³.

Ante la imposibilidad –ya mencionada– de consolidar a los trabajadores que no hayan superado los procedimientos de selección reglamentarios en la plantilla de las Administraciones públicas correspondientes, la jurisprudencia optó, desde hace ya cierto tiempo⁴⁴, respecto de estos trabajadores que sean considerados contratados fraudulentamente, por la creación de una controvertida figura híbrida denominada «trabajador indefinido no fijo». Esta nueva categoría jurisprudencial trata de aunar y compatibilizar simultáneamente la exigencia del artículo 15 del ET de convertir al trabajador en indefinido con la prohibición de consolidarlo en la plantilla fija de las Administraciones públicas que deriva de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE y 55.1 del EBEP⁴⁵.

pios del Derecho laboral, ha llevado a los órganos competentes a valerse de la contratación administrativa para el desarrollo de tareas de todo tipo, desvirtuando la vocación misma con la que nace esta contratación (...). Este uso inapropiado ha venido dado en la mayoría de los casos por el empleo de sucesivos contratos administrativos para atender una necesidad que por sus características es permanente. (...) El espíritu con el que el legislador ha diseñado el sistema administrativo de contratación temporal da muestra de ello. (...) con este régimen no se pretende cubrir la totalidad de necesidades que pueden aparecer en el seno de la Administración, sino hacer frente a una parte de ellas, especialmente la relacionada con actividades intelectuales y técnicas. Si el contrato administrativo excede de esos límites se estará utilizando fraudulentamente.

⁴² «El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel». Como tiene sentado reiterada jurisprudencia, debe prevalecer la concurrencia en la realidad de la prestación de trabajo de los elementos que la configuran legalmente como tal, con independencia de la calificación que le otorguen las partes. En este sentido, las SSTs de 18 de octubre de 1989, 6 de febrero de 1985 y 3 de junio de 1991 (rec. 679/1990), entre otras muchas, establecen que la naturaleza jurídica de las instituciones y relaciones se determina y define por su propia esencia y contenido y no por el concepto que le haya sido atribuido por las partes.

⁴³ De acuerdo con el artículo 15.3 del ET: «Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley». Como señalan Goerlich y Vega (1998), la Administración pública se encuentra sujeta no solo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino también al principio de legalidad (arts. 9.1 y 3 y 103.1 CE) y ello, en nuestro ámbito, supone que no puede vulnerar impunemente la normativa laboral que regula la contratación temporal.

⁴⁴ STS de 7 de octubre de 1996 (rec. 3307/1995):

(...) la contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

⁴⁵ Para la STSJ de Andalucía de 6 de abril de 2010 (rec. 106/2010):

La diferencia entre trabajador fijo y trabajador indefinido (que es lo mismo que decir «fijo no de plantilla», o «como un interino vacante», según sentencias o sector doctrinal que aborde esta patología laboral) es la propia titularidad de la plaza ocupada, de tal forma que, mientras la que lo esté por personal fijo nunca podrá ser considerada vacante a efectos de proceder a su provisión definitiva, la desempeñada por un traba-

La admisibilidad jurídica de esta figura en los supuestos de contratación fraudulenta que originaron su génesis es muy discutible⁴⁶ y discutida, pero –como desarrollaré más adelante– la trasposición que ha tratado de hacerse de la misma a los casos –objeto de este capítulo– de subrogación de contratos por sucesión de empresa en las Administraciones públicas resulta, de todo punto, inaceptable. Sin embargo, lo cierto es que, mientras esta nueva categoría mantenga el favor de nuestros tribunales, incluso en el habitual caso comentado de contratos de servicios en los que no pueda operar dicha subrogación por sucesión empresarial por ausencia de los requisitos exigidos, la eventual consideración como fraudulenta de la contratación administrativa previa en favor de las Administraciones públicas a través de tales contratos de servicios por encubrir *de facto* relaciones laborales proveerá a los trabajadores afectados de una vía adicional –alternativa a la subrogación– para continuar prestando sus servicios para la Administración pública correspondiente –con independencia de la forma, externalizada o no, en que siga o pase a prestarse el servicio– cuando aquellos alcancen la consideración de trabajadores indefinidos no fijos.

Concretamente, la creación de esta figura por la jurisprudencia, pese a que ha llegado a contar con cierta recepción legal⁴⁷ y con el beneplácito del propio Tribunal Constitucional⁴⁸, no ha venido acompañada de una delimitación precisa del régimen jurídico aplicable a estos trabajadores indefinidos no fijos. Así, aunque la pionera STS de 7 de octubre de 1996 (rec. 3307/1995)⁴⁹ clarificó que el concepto no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración

jador indefinido está llamada a ser ocupada por el procedimiento legalmente establecido (...) la distinción se basa en que los primeros consolidan una «posición de fijeza en la plantilla» que no adquieren los segundos: la fijeza garantiza al trabajador la estabilidad en su puesto de trabajo, en tanto que el carácter indefinido de la relación laboral se predica del vínculo, no del trabajador considerado en sí mismo. Esta condición de fijo e indefinido coinciden en la mayoría de ocasiones, pero no siempre –como es en el caso del período de prueba–, como tampoco inciden sobre la misma realidad ni tienen un efecto equivalente.

⁴⁶ Al menos si se entiende, con la doctrina jurisprudencial tradicional inicial (STS de 27 de mayo de 2002 –rec. 2591/2001–), que los trabajadores indefinidos no fijos no tienen derecho a indemnización por la extinción de sus contratos. Porque si lo que se pretendía con esta figura es que quien ha estado vinculado a la Administración con un contrato temporal fraudulento obtenga el beneficio de pasar a ser considerado indefinido, aunque ello le permita mantenerse en su empleo mientras su puesto no sea cubierto reglamentariamente, si en caso de que esto suceda ello no se devenga derecho a indemnización, no se alcanza a vislumbrar cuál es el beneficio real pues, las más de las veces al trabajador le habría convenido más haberse mantenido como temporal en aquellas modalidades en que conforme al artículo 49.1 c) del ET le hubiera correspondido, al menos, una indemnización a fin de contrato.

⁴⁷ El artículo 11.1 del EBEP distingue: «En función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal».

⁴⁸ Auto del Tribunal Constitucional 122/2009, de 28 de abril.

⁴⁹ La cual fue reiterada en posteriores pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo (SSTS de 10 de diciembre de 1996 –rec. 1989/1995–, 30 de diciembre de 1996 –rec. 637/1996–, 14 de marzo de 1997 –rec. 2974/1996– y 7 de julio de 1997 –rec. 3917/1996–, entre otras).

pública, lo cierto es que tanto la jurisprudencia⁵⁰ como la doctrina⁵¹ posteriores han tratado de asimilar esta figura a una concreta modalidad contractual laboral, planteándose constantemente la duda de cuál es el concreto régimen jurídico aplicable.

⁵⁰ La STS de 27 de mayo de 2002 (rec. 2591/2001) resulta, en este sentido, especialmente significativa. Así, esta profundiza en la delimitación conceptual de la figura y en el debate en torno a diversas posibilidades extintivas, reconociendo en estos casos la eficacia extintiva, vía artículo 49.1 b) del ET, de la causa constituida por la ocupación del puesto de trabajo a través del procedimiento o sistema legal, y en cuanto a si, de este modo,

se equipararía a estos trabajadores temporalmente indefinidos con los interinos por vacante. Es cierto el razonamiento en cuanto al momento de la extinción; pero nada más. (...) No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad.

Por su parte, el voto particular formulado por el magistrado don Antonio Martín Valverde –a mi juicio más acertado– entendía que:

Mientras que la clasificación de los contratos de trabajo por tiempo determinado y por tiempo indefinido está establecida en la ley con valor general para todos los sectores y actividades, y cumple una función normativa de primera magnitud, la distinción entre trabajadores fijos y no fijos procede de las normas sectoriales (en particular, de las ordenanzas de trabajo del campo y de la construcción), tiene un perfil normativo bastante más difuso, y se utiliza las más de las veces meramente para describir una situación de estabilidad cualificada de la relación de trabajo. Es de notar, además, que en los dos sectores de actividad en los que el concepto de trabajador fijo ha desempeñado una función normativa más precisa el significado de la fijeza no comporta necesariamente relación de trabajo por tiempo indefinido; el «fijo de obra» en la construcción es un trabajador vinculado por un contrato temporal para obra o servicio determinado; y la fijeza del trabajador del campo dependía en las ordenanzas de trabajo de la prolongación del contrato más allá de un cierto tiempo y no de la naturaleza indefinida o determinada de la relación de trabajo. (...) El siguiente problema jurídico que se plantea (...) es (...) el de seleccionar dentro de las causas de extinción del contrato de trabajo la que mejor se ajusta (...) pero entendemos que la causa relacionada debe ser la extinción «por causas objetivas» (...) y no la extinción por causas «consignadas válidamente en el contrato» (...) no es una causa consignada en el contrato sino una causa consignada en la ley. Puesto que la ley la consigna habrá que hacerla valer, pero sin forzar la vía del art. 49.1 b) ET, prevista para los pactos extintivos (o, con otra denominación, condiciones resolutorias) lícitos o no abusivos incluidos en el contenido del contrato de trabajo por voluntad de las partes. (...) La inclusión en el art. 49.1 l) ET (...) tiene también a su favor una razón de equidad. Si nos encontramos por hipótesis ante trabajadores contratados por tiempo indefinido no parece coherente privarles de cualquier indemnización por fin de contrato, equiparando las consecuencias de su cese a las de los trabajadores interinos, y situándolos en una posición incluso más desventajosa que la de los trabajadores que cesan en la Administración por «expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato», los cuales tienen derecho por ley a una indemnización (...).

⁵¹ En una primera aproximación, en los momentos iniciales de la figura, Goerlich y Vega (1998, pp. 14 y ss.) se aventuraron ya a anticipar que se trataría de una figura de trabajador que compartiría con los trabajadores de plantilla un mismo régimen jurídico general sobre condiciones salariales y de trabajo, movilidad y suspensión y extinción del contrato, así como Derecho Sindical y de Seguridad Social, pero con exclusión de los beneficios de promoción profesional y de la aplicación de la especialidad para la Administración de la readmisión obligatoria en caso de despido improcedente. Sus puestos podrían quedar incluidos en las ofertas de empleo y, caso de ser

En última instancia, tras no pocos avatares, con la contribución del legislador⁵² finalmente parece prevalecer la idea de que la extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos producida como consecuencia de la cobertura reglamentaria de sus puestos por nuevo personal que haya superado los procesos selectivos correspondientes no debe considerarse constitutiva de despido sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) del ET⁵³, a la que, no obstante, las más recientes sentencias del Tribunal Supremo han venido asociando las indemnizaciones propias del artículo 49.1 c) del ET⁵⁴. No obstante, la cuestión continúa siendo compleja y controvertida, apareciendo numerosos e importantes votos particulares en las sentencias que van impulsando esta doctrina principal, la cual cuenta, además, con importantes matizaciones, particularmente en relación con los supuestos en que la causa de la extinción del contrato de trabajo deriva de la amortización sobrevenida de la plaza ocupada, propugnándose entonces la aplicación de los efectos de un despido por causas objetivas⁵⁵.

cubiertos, se podría extinguir por causa empresarial con abono de las indemnizaciones procedentes *ex* artículos 51, 52 y 53 del ET, salvo que no se reconociera la existencia de estas causas en que se aplicarían las indemnizaciones previstas, con carácter general, para el despido improcedente. En este mismo sentido Boltaina (2002).

En relación con las similitudes/diferencias con los trabajadores interinos, Rodríguez (2010) subraya que ambas figuras, indefinido no fijo e interino, presentan importantes similitudes (pues ambos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupan y no tienen derecho a disfrutar de excedencias voluntarias ni a participar en concursos de traslados: STS de 3 de mayo de 2006 –rec. 1819/2005–, entre otras), pero mientras que los contratos de aquellos no están sometidos a término al no aparecer vinculados a una vacante concreta, este sí está adscrito a un destino específico. No obstante lo cual para la extinción de un contrato indefinido temporal no basta la provisión reglamentaria de un puesto similar, sino que debe acreditarse la correspondencia exacta entre el convocado y el que ocupa el trabajador. *Vid.* también Alzaga (2000) y Sala (2001).

⁵² Tras la Ley 35/2010, la disposición adicional 15.ª del ET pasó a prever que:

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

⁵³ La STS de 22 de julio de 2013 (rec. 1380/2012), seguida de las SSTS de 14, 15 y 23 de octubre de 2013 (recs. 68/2013, 383/2013 y 804/2013), entre otras, señala:

Aunque se declare contraria a Derecho la causa de temporalidad pactada conforme al artículo 49.1 c) del ET, y se reconozca la relación como indefinida, esta queda sometida a una condición –la provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura–, cuyo cumplimiento determina la extinción del contrato de trabajo mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los artículos 51 y 52 del ET.

⁵⁴ Las SSTS de 6 de octubre de 2015 (rec. 2592/2014), 31 de marzo de 2015 (rec. 2156/2014), 15 de junio de 2015 (rec. 2924/2014) y 4 de febrero de 2016 (rec. 2638/2014) consideran que debe aplicarse el tratamiento indemnizatorio previsto en el artículo 49.1 c) del ET de acuerdo con la doctrina del TJUE contenida en el Auto «Huétor Vega» de 11 de diciembre de 2014 (C-86/14). *Vid.* también la STS de 25 de noviembre de 2013 (rec. 771/2013).

⁵⁵ Cabe resaltar que –tras la entrada en vigor de la disp. adic. 20.ª del ET de 1995 (disp. adic. 16.ª del texto actual), norma que mejoraba lo dispuesto en la Directiva 1998/59/CE, de 20 de julio– la jurisprudencia más reciente, aun entendiendo que los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos son contratos indefinidos sometidos a la con-

2.2. REVERSIÓN DE CONTRATAS PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

En los supuestos de contrataciones para la gestión de servicios públicos, si se trata de reversión hacia sociedades mercantiles capitalistas con capital, en todo o en parte, público, las reglas serán las generales, ya que actúan como empresas sometidas al derecho privado, salvo las limitaciones y excepciones que correspondan por estar participadas con capital público, pero sin que les afecten las reglas propias de la contratación del personal en las Administraciones públicas en sentido estricto (concretamente el EBEP y los principios de igualdad, mérito y capacidad de la CE)⁵⁶. Por tanto, en tales sociedades mercantiles capitalistas públicas, si proceden, serán admisibles las subrogaciones que estudiamos, con el mismo tipo de contrato que en la entidad de origen, con las únicas salvedades que imponen las tasas de reposición de efectivos a las que me referiré más adelante.

En el caso de Administraciones públicas *stricto sensu*, también debería ser aplicable el artículo 44 del ET (el ET –como hemos visto– considera empresarios tanto a sujetos privados como a Administraciones públicas) y también la directiva, salvo reestructuraciones, pero aquí sí surge un problema fundamental determinado por la imposibilidad de consolidación de trabajadores fijos en el seno de las mismas sin la previa superación de procedimientos selectivos que aseguren la aplicación de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE y 55.1 del EBEP⁵⁷.

dición resolutoria de que su puesto sea cubierto reglamentariamente, a diferencia de los contratos de interinidad por vacante que deben ser entendidos como contratos temporales sujetos a un término indeterminado, establece que se generará –en ambos casos– la aplicación del régimen extintivo de los artículos 51 y 52 c) del ET si, antes del cumplimiento de la condición o del término, se produce la amortización sobrevenida del puesto de trabajo. Este es el criterio iniciado por la STS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), seguida por otras muchas. En contra, la STS de 26 de enero de 2015 (rec. 3358/2013) –así como las SSTS de 21 de julio de 2014 (rec. 2099/2013) y 17 de marzo de 2015 (rec. 753/2014)–, para esos supuestos de extinción por amortización, «es decir, por una causa distinta de la cobertura por el procedimiento reglamentario de la plaza», entiende aplicable la indemnización del artículo 49.1 c) del ET. En este mismo sentido, cabe citar la STS de 30 de abril de 2015 (rec. 376/2014), que justifica esta diferencia de criterio en que a la fecha de los hechos enjuiciados todavía no estaba vigente la nueva disposición adicional 20.^a del ET. Este dato, sin embargo, ha sido relativizado, entre otras, por las SSTS de 8 de julio (rec. 2693/2013) y 13 de octubre de 2014 (rec. 2745/2013), 19 de febrero de 2015 (rec. 51/2014), 20 de abril y 8 de julio de 2016 (recs. 3258/2014 y 1325/2014), que propugnan la aplicabilidad del criterio asumido por la STS de 24 de junio de 2014, incluso a los casos anteriores la introducción de la disposición adicional 20.^a del ET por la reforma laboral de 2012.

⁵⁶ STS de 18 de septiembre de 2014 (rec. 2323/2013).

⁵⁷ A tal efecto, no resulta convincente el argumento de la STSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de junio de 2014 (rec. 319/2014) en el sentido de que no es obstáculo el hecho de que la integración de los trabajadores en la plantilla se produjera sin haber superado el correspondiente proceso selectivo, ya que, la subrogación no comporta el ingreso *ex novo* como personal laboral de la Administración, sino la pervivencia del inicial vínculo jurídico con la concesionaria con la novación subjetiva en la persona del empresario que comporta la sucesión legal *ex artículo 44 del ET*. Tanto da, a mi modo de ver, que la integración sea *ex novo* o no. La cuestión es que sin seguir el mismo procedimiento (no se respeta el principio de igualdad) o, más bien, ninguno (no se aseguran los principios de mérito y capacidad), se llega a un mismo resultado: existe acceso y consolidación en el empleo público sin que queden asegurados dichos principios.

Para resolver este problema, habitualmente, también en este caso, se ha partido directamente (Ortega y De Sande, 2016) de la aplicación de la mencionada figura del trabajador indefinido no fijo cuya creación jurisprudencial respondió a la imposibilidad –por esta misma necesidad de respetar dichos principios– de aplicar en el ámbito público la presunción *iuris et de iure* del artículo 15 del ET, en el sentido de que el contrato laboral en fraude de ley deviene en indefinido. Se suele considerar que mediante esta figura se conseguiría, simultáneamente, el efecto subrogatorio establecido en el artículo 44 del ET y en la Directiva 2001/23 y la evitación de la consolidación en las plantillas públicas sin respeto a los principios de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE y 55.1 del EBEP. Pero hay que reparar en que aquí no nos encontramos ante ningún supuesto de contratación laboral fraudulenta y, bajo mi punto de vista, no resulta comprensible este empeño en convertir al trabajador en indefinido no fijo. No obstante, es cierto que el trabajador indefinido no fijo se asemeja a un trabajador interino –se ha hablado, en este sentido, de «interinos impropios» o también de «indefinidos temporales»– desde el momento en que presta sus servicios provisionalmente («indefinidamente») mientras el puesto o plaza no sea cubierto tras el oportuno procedimiento selectivo de provisión convocado al efecto, como también hace el interino respecto de la persona a quien correspondiera o pudiera corresponder la titularidad del puesto de trabajo. De entrada, pues, resulta tentadora la idea del contrato de interinidad. Puestos a trasladar una figura jurisprudencial pensada para una situación fraudulenta que aquí no existe: ¿por qué no utilizar una figura contractual similar ya prevista legalmente?, ¿por qué no establecer por ley que en todos los supuestos en que la Administración deba quedar subrogada en los contratos de los trabajadores adscritos a los servicios recuperados que estos contratos se transformen en contratos de interinidad cualquiera que fuera su modalidad inicial?

O, tal vez, cabría preguntarse: ¿por qué no considerar, en el momento de subrogarse la Administración pública, que implícitamente queda incluida en el contrato de trabajo una cláusula resolutoria? Al fin y al cabo, el indefinido no fijo tampoco parecía ser otra cosa que una relación laboral provisional sometida a algo similar a una condición resolutoria de las previstas en el artículo 49.1 b) del ET, que se activa cuando el titular legítimo de la plaza se incorpora.

Como ya hemos visto, estas cuestiones, en relación con los trabajadores indefinidos no fijos, no le fueron extrañas a nuestra jurisprudencia, para la que:

Los contratos del personal indefinido no fijo, tienen naturaleza temporal y están sujetos a una duración determinada –hasta la cobertura reglamentaria de la vacante– de manera que se conoce la causa de terminación del mismo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá. Por ello, si se ha llevado a cabo un proceso reglamentario con respeto de los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad que ha conducido al nombramiento para la plaza (...) y a la extinción del contrato de trabajo de quien la ocupaba hasta entonces, precisamente por una causa, que era la que válidamente podía producir los efectos legales extintivos, sin que esa decisión pueda por tanto ser calificada de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET (SSTS de 24 de junio de 2014 –rec. 217/2013– y 4 de febrero de 2016 –rec. 2638/2014–).

En cuanto a la equiparación de los contratos del personal indefinido no fijo con los contratos de interinidad –como ya ha sido comentado–, fue reconocida inicialmente (aunque solo respecto a la extinción) por la doctrina de la STS de 27 de mayo de 2002 (rec. 2591/2001)⁵⁸, aunque posteriormente matizada por las SSTS de 16 de septiembre de 2009 (rec. 2570/2008) y 26 de abril de 2010 (rec. 2290/2009), al indicar que estos «trabajadores indefinidos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, vienen prestando servicios sin causa de temporalidad alguna, sin vinculación directa con vacante concreta⁵⁹. No hay, por tanto, equiparación mimética a los interinos por vacante, ligados estrictamente a un proceso de cobertura».

No obstante, a mi modo de ver, ninguna de estas opciones es defendible, por tentadoras que resulten, para la resolución del supuesto que aquí nos ocupa. La transformación forzosa, *ex lege*, de la naturaleza del contrato (pasando a temporal cuando en hipótesis podría ser inicialmente indefinido) o la consideración de la existencia de una cláusula resolutoria que, realmente, nunca fue pactada, que se producirían por el mero hecho de operar una subrogación del empleador solo cuando este fuese una Administración pública, serían sumamente arbitrarias, discriminatorias, contrarias a la más elemental seguridad jurídica y totalmente vulneradoras de los derechos de los trabajadores afectados. Porque si de lo que se trataba era de garantizar el principio de igualdad de los ciudadanos en el acceso al empleo público, para ello, por estas vías, se estaría vulnerando la igualdad de trato y los derechos de aquellos trabajadores que habiendo concertado legítimamente una determinada modalidad contractual con su empresario inicial, verían modificados heterónomamente los términos del mismo por el hecho de quedar vinculados a un nuevo empleador y condicionado su empleo a que por aquel no se opere la cobertura del puesto por personal seleccionado reglamentariamente, con las consiguientes consecuencias jurídicas, principalmente indemnizatorias, si esto se produce. Del mismo modo que, en sentido contrario, tampoco tendría lógica que un contrato inicialmente temporal, por ejemplo por obra o servicio, no mediando fraude, se transformara en indefinido, aunque no fijo, por el mero hecho de que el nuevo empleador subrogado pasase a ser una Administración pública.

Lo más razonable –y admisible jurídicamente– es, como defiende Alfonso (2016) inspirado por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre⁶⁰, considerar que el trabajador continúa con el nuevo empleador vinculado al servicio que prestaba pero, a mi juicio, sin que para ello sea necesaria la creación de una nueva modalidad contractual o situación laboral, pues bastará con respetar las

⁵⁸ Glosando esta, y con mención de las SSTS de 2 y 26 de junio de 2003 (rec. 4809/1998 y sent. 659/2003), la STS de 20 de julio de 2007 (rec. 5415/2005), asimismo, subrayó que «la posición de aquellos trabajadores al servicio de la Administración, cuyo contrato fue declarado indefinido por sentencia firme, es idéntica a la de aquellos otros que cubren una plaza con contrato de interinidad».

⁵⁹ Vid. también la STS de 29 de enero de 2009 (rec. 326/2008): «La indefinición temporal no es en absoluto equivalente a la temporalidad pura (...)».

⁶⁰ Vid. también Ortega y De Sande (2016).

figuras contractuales existentes. La creación jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo pretende ser una solución a la necesidad de convertir en indefinidas las contrataciones temporales en fraude de ley, tal y como esta establece en el artículo 15.3 del ET, evitando, simultáneamente, que por esta vía consoliden su puesto personas que no han superado el correspondiente procedimiento selectivo. Pero, en nuestro caso, ninguna norma obliga a transformar los contratos en indefinidos (no fijos) sino solo a subrogarse el nuevo empresario-Administración en dichos contratos, manteniendo estos su tipología, es decir:

- Si el contrato originario fue por obra o servicio determinado, extinguido el servicio desarrollado, el contrato –que seguirá siendo de obra o servicio tras la subrogación– se verá extinguido automáticamente con abono por parte del nuevo empleador-Administración de las indemnizaciones que en tal caso vienen previstas en el artículo 49.1 c) del ET⁶¹. Si antes de que esto acontezca el puesto fuese cubierto reglamentariamente o amortizado por haberse suprimido en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo pero sin que la Administración deje de prestar el servicio al que aquel estaba adscrito, el régimen jurídico e indemnizaciones por la extinción deberán ser los propios de los artículos 51.1, 52 c) y 53 del ET.
- Cuando el contrato inicial hubiese sido de interinidad, habrá que entender que se extinguirá, causalmente, por la reincorporación de la persona sustituida que se hizo consignar en el contrato original celebrado con la empresa contratista previo a la subrogación, pero no será así cuando el puesto sea cubierto por nueva persona como consecuencia de un proceso reglamentario para su provisión, ya que esta no habrá sido una causa de extinción del contrato de interinidad que haya podido ser prevista para tal fin en el ámbito de la empresa contratista previamente a la subrogación por la Administración pública, debiendo aplicarse el régimen de extinción por causas empresariales de los artículos 51.1, 52 c) y 53 del ET, que también deberá ser el que rijan si antes de que el puesto sea cubierto por reingreso o ingreso de su titular, aquel fuese amortizado.
- Si el contrato inicial fuera eventual por circunstancias de la producción, se extinguirá de acuerdo a las causas propias de su régimen jurídico, por la expiración del tiempo convenido (que deberá estar también dentro de su duración máxima) y si antes se produce la amortización o provisión reglamentaria del puesto, deberá atenderse también al régimen extintivo del contrato de trabajo por causas objetivas empresariales.

⁶¹ Este contrato cuenta ahora con una duración legal máxima, alcanzada la cual, a la vista de la disposición adicional 15.^a del ET (que contempla peculiaridades y excepciones a esta nueva duración máxima para las Administraciones públicas), el trabajador se convierte en indefinido en el sentido, según dicha disposición adicional, de que continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo. Esta vía sí nos conduciría, pues, al «trabajador indefinido no fijo», al que ya nos hemos referido.

- Finalmente, de la misma manera que en los supuestos anteriores, si el contrato fue inicialmente indefinido, tras la subrogación debe conservar este mismo carácter y si el puesto es cubierto por un nuevo sujeto conforme a procesos reglamentarios, tras la gran flexibilización introducida por la reforma laboral de 2012, no deben aparecer grandes dificultades para considerar procedente la extinción del contrato indefinido (o también –como he avanzado– la de los contratos temporales, *ante tempus*, por circunstancia distinta de la que determinaría su extinción según la naturaleza de la modalidad de que se trate), por causa organizativa, con la indemnización correspondiente, pues realmente ha habido un cambio organizativo de significación –la provisión reglamentaria de la plaza– y la consiguiente duplicidad del personal encargado de prestar el servicio.

Desde esta perspectiva, sin necesidad de convertir a estos trabajadores en indefinidos no fijos, se respetan sus derechos y la modalidad y régimen jurídico de los contratos que inicialmente formalizaron, sin que ello implique tampoco la vulneración de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo previstos en los artículos 23.2 y 103.3 de la CE y 55.1 del EBEP, puesto que no se podría entender que se consolidan en plantilla en la medida en que estarían vinculados a la suerte de los servicios a que estaban adscritos y tampoco serían inamovibles sino que sus contratos, cuando se incorporase el legítimo titular del puesto o se amortizase la actividad, serían extinguidos pero –eso sí– con el régimen jurídico y derechos propios del contrato que en su día concertaron y no con uno nuevo impuesto *ad hoc* solo para ellos.

En cuanto a las tasas de reposición de efectivos habitualmente previstas en las leyes de presupuestos generales del Estado, tampoco cabe pensar que deban presentarse mayores dificultades pues estas limitaciones está claro que no responden a principios o restricciones de tipo jurídico sino a criterios puramente económicos y de sostenibilidad presupuestaria y si se asumen estos trabajadores, no es creando nuevos puestos o plazas sino como contrapartida al ahorro que supone la eliminación del coste del precio del satisfecho a la empresa contratista por el servicio que estaba externalizado⁶². Cabe recordar aquí lo ya comentado sobre dicho precio, que suele ser más alto que prestar el servicio directamente, por el encarecimiento que supone el IVA, el margen de beneficio empresarial, etc., de modo que, en realidad, no se estaría conculcando la filosofía de estas normas, en cuanto no se estaría generando un compromiso de gasto fijo para el futuro sino limitado, provisional y asociado al coste laboral de un servicio que se sustituye y normalmente ahorra o reduce el coste que previamente se asumía.

⁶² En este mismo orden de cosas, asimismo, otras opiniones son favorables a la inaplicación de las limitaciones a la contratación de nuevo personal para el sector público establecidas vía leyes de presupuestos generales del Estado cuando las incorporaciones se producen por imperativo legal, como ocurre con las subrogaciones por sucesión de empresa impuestas por el artículo 44 del ET (Cano, 2016).

2.2.1. Consideraciones finales

Llegados a este punto, así como al principio la situación evocaba el contrato de interinidad, ahora, sin embargo, incluso en el caso de que el contrato subrogado fuera indefinido, la adscripción y necesaria vinculación del trabajador al servicio revertido, asemejaría más el estado de cosas resultante al de un contrato por obra o servicio determinado, en la medida en que la relación laboral pervivirá en la Administración subrogada mientras se mantenga el servicio recuperado, salvo que antes sea cubierto el puesto mediante procedimiento reglamentario. Pero hay que advertir que pese a esta similitud *de facto*, en cuanto a la provisionalidad del contrato asociada a la pervivencia del servicio que se presta, en materia de régimen jurídico no deberán confundirse las diferentes reglas que les son aplicables a cada tipo de contrato en función de la modalidad que tuvieran originariamente antes de la subrogación. Así, en materia de extinción, cuando el contrato fuera por obra o servicio determinado, si se amortizase la prestación del servicio por parte de la Administración subrogada, deberá reconocerse el derecho a la indemnización prevista para estos contratos temporales en el artículo 49.1 c) del ET, mientras que si el contrato era indefinido, esta misma finalización de la prestación del servicio (o, tanto en este contrato como en el de obra, la incorporación del nuevo titular del puesto antes de la finalización del servicio) deberá operar como causa organizativa con las indemnizaciones propias del despido por causas objetivas empresariales.

Nos encontramos, pues, ante la pervivencia de la modalidad contractual con la que se canalizaba la prestación laboral con anterioridad a la subrogación, pero sin que el trabajador pueda en el caso de las Administraciones públicas (principalmente porque lo impiden los principios de igualdad, mérito y capacidad reconocidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE y 55.1 EBEP) consolidar su relación de trabajo en el ámbito de las mismas. Por esta misma razón, en mi opinión, pese al evidente perjuicio para la estabilidad laboral de los trabajadores afectados⁶³, estas situaciones deberían revestir provisionalidad y la consideración de «a extinguir», puesto que el objetivo y la prioridad, en la medida en que los medios a disposición de la Administración lo permitan, deberían ser que todos los servicios prestados por la misma, recuperados o no, sean prestados por personal seleccionado con respeto a los principios mencionados. Por todo ello podría denominarse esta situación «contratación laboral pública transitoria derivada de subrogación por sucesión empresarial»⁶⁴, la cual –pese a sus evidentes similitudes en cuanto a provisionalidad– ninguna relación debe guardar ni en cuanto a su génesis (no fraudulenta) ni en cuanto a su régimen jurídico

⁶³ A estos efectos, Alfonso (2016) propone para favorecer la estabilidad en el empleo de estos trabajadores, perpetuar en el tiempo su vinculación con el servicio al que estaban adscritos, conservando, en caso de haber sido extinguidos sus contratos, una especie de derecho de llamamiento, a establecer en las cláusulas de los pliegos de las concesiones administrativas, para ser recontratados en caso de nueva externalización del servicio. Si lo anterior se revela deseable pero, en mi opinión, muy complejo en su implementación práctica –especialmente por los problemas que puede suscitar eventualmente la plena identificación del nuevo y el anterior servicio–, mucho más problemática, desde luego, resultaría la aplicación de esta misma solución en caso de que la Administración decida reiniciar la prestación directa de servicios previamente amortizados.

⁶⁴ Esta provisionalidad/transitoriedad recuerda y nos retrotrae, en cierto modo, a lo acontecido en la fase preautonómica con las contrataciones administrativas y la creación de la figura del contrato administrativo transitorio. Recuerda y Fernández (2012, p. 51) recrean la compleja situación que resultó:

(en particular en materia de indemnizaciones por extinción) con el denominado por la jurisprudencia «trabajador indefinido no fijo», cuya creación jurisprudencial responde exclusivamente a la imposibilidad de aplicar en el ámbito público, con toda su contundencia (dadas las mencionadas previsiones de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público), la presunción *iusuris et de iure* del artículo 15 del ET en el sentido de que el contrato laboral en fraude de ley deviene en indefinido. En efecto, a diferencia de tal supuesto, en nuestro caso no existe contratación fraudulenta alguna que determine la conversión del contrato en indefinido sino obligación de subrogación por sucesión empresarial, bajo la misma modalidad contractual inicialmente formalizada, aunque –eso sí– nos encontremos con idénticos impedimentos constitucionales para la consolidación en el ámbito de las Administraciones públicas⁶⁵, dando ello lugar a una misma situación de provisionalidad del trabajador pero no necesariamente –como he dicho– a su consideración como indefinido no fijo, con las consiguientes consecuencias –y «controversias», como hemos visto– en materia de indemnización por extinción contractual. En efecto, la situación de estos trabajadores en cuyas relaciones laborales quedan subrogadas las Administraciones públicas que proceden a la reversión de servicios públicos que previamente se prestaban de forma externalizada y que no pueden consolidar su posición por no haber superado los oportunos procedimientos selectivos estará siempre supeditada a que su puesto no sea ocupado por personal que sí reúna tal requisito o a que la actividad sea amortizada. Sin embargo, bajo mi punto de vista, ello nada tiene que ver con una novación contractual que, tratándose de subrogación, solo debería afectar a la persona del empleador pero no a su objeto, ni a la modalidad contractual misma. Así que provisionalidad sí, pero correctamente canalizada desde el punto jurídico. Si el contrato suscrito inicialmente en

en el momento de los entes preautónómicos y comunidades autónomas emergentes, debido a que la Ley 22/1977 había prohibido las interinidades, el Estado no transfería todos sus efectivos y las comunidades autónomas tenían otras competencias propias, si bien carecían de cuerpos funcionariales propios y de plazas creadas. (...) Y, en cuanto a los contratos administrativos, su duración estaba limitada a un año. Ello dio lugar a la creación de la figura del contrato administrativo transitorio, destinado a extinguirse cuando se establecieran los sistemas selectivos de acceso a la carrera funcional.

⁶⁵ Estos mismos impedimentos, asimismo, deberían ahuyentar la tentación de incluir a estos trabajadores en nuevos procesos masivos de funcionarización como los habidos en el pasado (al amparo de la disp. trans. 15.ª de la Ley 30/1984, en su redacción dada por la Ley 23/1988), que pudieran ensayarse, los cuales, pese a que incluso el Tribunal Constitucional (en Sentencias 27/1991, de 14 de febrero, y 151/1992, de 19 de octubre) haya sido permisivo con ellos –a mi juicio más por razones pragmáticas que dogmáticas–, deben reputarse contrarios a un acceso a la función pública en las condiciones de igualdad que constitucionalmente se garantizan. Como ya he dicho, todo lo más podrá aceptarse su mantenimiento provisional como personal laboral adscrito al servicio recuperado, de forma transitoria y bajo la modalidad contractual inicial, y solo su conversión en personal funcionario previa superación de procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con procesos selectivos de libre concurrencia, en los que la experiencia laboral al servicio de estos puestos podrá operar, a lo sumo, como mérito en la fase de concurso correspondiente, tal y como configura la disposición transitoria 2.ª del EBEP. Dicha disposición transitoria, a mi juicio, lejos de legitimar –como se ha defendido por algunos autores– la viabilidad de procesos masivos de funcionarización, bien al contrario, viene a reconocer el carácter provisional con que incluso tratándose de personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, estuviese desempeñando funciones de personal funcionario, podrá seguir desempeñándolos y el condicionamiento para su conversión en personal funcionario a que se superen las pruebas de selección o promoción precedentes, siempre que se posea la titulación necesaria y se reúnan los restantes requisitos exigidos.

la empresa contratista cesante fue de obra, interinidad, o eventual deberá conservarse siempre la modalidad de que se tratara. Y si el contrato inicial fue indefinido (aunque, lógicamente, el trabajador no podrá considerarse subjetivamente fijo, ni exigir a su empleador –la Administración en este caso– su derecho a permanecer en plantilla o a que su puesto no sea objeto de provisión reglamentaria), esta deberá ser también la modalidad que deberá respetarse, sin que sea jurídicamente admisible, por el mero hecho de que se produzca la subrogación legal de un sujeto empleador público, la transformación automática del contrato indefinido en uno temporal (del tipo de un contrato de interinidad) ni su sometimiento a una condición resolutoria que nunca fue consignada realmente en el contrato, con los consiguientes efectos sobre el derecho al percibo de indemnizaciones por cese. A efectos indemnizatorios, continuaríamos estando ante un contrato indefinido con independencia de que el trabajador no haya podido aspirar, desde que su empleador pasó a ser una Administración pública, a consolidarse en la plantilla sin la previa superación de los debidos procedimientos reglamentarios y si llegara a determinarse la necesidad de extinción de su contrato, bien sea porque la actividad termine amortizándose o bien porque el puesto en cuestión pasa a ser ocupado por personal funcionario o laboral –de nueva provisión o no– que reúna los requisitos exigidos, dicha extinción será por una causa exclusivamente imputable a la esfera del nuevo empleador y a las peculiaridades normativas y principios que le son aplicables cuando se trata de una Administración pública. En ningún caso podrá considerarse una circunstancia atribuible a la persona del trabajador o que pudiera entenderse ínsita en el contenido de un contrato que, inicialmente, únicamente se formalizó como indefinido, sin más aditamentos. Por ello, las extinciones de estos contratos indefinidos que puedan producirse en estos casos, en mi opinión, deberán reputarse como extinciones por causas empresariales –concretamente, por causa organizativa–⁶⁶ y llevar aparejado el abono al trabajador de la correspondiente indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a 1 año, con un máximo de 12 mensualidades, en los términos del artículo 53.1 b) del ET.

⁶⁶ De acuerdo con la disposición adicional 16.^a del ET:

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 (...) se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c) (...).

A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones públicas, (...) se entenderá que concurren (...) causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

Asimismo, según el artículo 51.1 del ET –al que expresamente se remite para el sector público la disp. adic. citada–, ya solo se exige para la causa organizativa que se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y así, en el supuesto aquí estudiado, la necesidad de que el puesto esté cubierto por una persona que haya superado los procedimientos selectivos que aseguren la efectividad de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, en el ámbito de las Administraciones públicas, puede determinar la necesidad de adopción por estas de una serie de adaptaciones organizativas con el fin de dar cumplimiento a tales exigencias que son fácilmente reconducibles a la causa organizativa, sin que el hecho de que tales medidas le vengan impuestas por la CE y por ley deba determinar ninguna matización o peculiaridad respecto de los supuestos en que las modificaciones son adoptadas por las empresas de *motu proprio* con el fin de mejorar su eficiencia o resultados.

Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, C. L. (2016). La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales. (Atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público). *Revista de Derecho Social*, 73, 25-44.
- Alzaga Ruiz, I. (2000). *Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*. Madrid: Edersa.
- Aniorte Sanz, R. (2000). [El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración](#). *RTSS. CEF*, 206, 81-148.
- Baz Tejedor, J. A. (2012). Selección de trabajadores afectados por despido colectivo. SJS n.º 3 Pamplona 5 junio 2012 (AS 2012, 1673). *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5:7, 83-89.
- Boltaina Bosch, X. (2002). Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración pública. *Aranzadi Social*, 5, 529-552.
- Cano Larrotcha, J. (2016). Remunicipalizaciones: excepciones a las limitaciones en las contrataciones de personal y subrogaciones en las sociedades. <<http://www.acalsl.com/>> (20-05-2016). Recuperado de <<http://www.acalsl.com/blog/2016/05/remunicipalizaciones-excepciones-a-las-limitaciones-en-las-contrataciones-de-personal-y-subrogaciones-en-las-sociedad>> (consultado el 3 de mayo de 2017).
- Ginès i Fabrellas, A. (2010). Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 3:14, 89-104.
- Goerlich Peset, J. M^a. (2008). ¿Es procedente el despido objetivo basado en la finalización de una contrata? *Revista de Jurisprudencia*, 1.
- Goerlich Peset, J. M^a. y Vega López, J. J. (1998). ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla (a propósito de las SSTs, dictadas en unificación de doctrina, de 7 de octubre y 10 y 30 de diciembre de 1996 y 14 de marzo, de 24 abril y 7 de julio de 1997). *Relaciones Laborales*, 1, 569-587.
- Martínez Garrido, L. R. (2000). Descentralización productiva: Outsourcing. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 9, 31-90.
- Menéndez Sebastián, P. (2000). Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5, 825-846.
- Ortega Bernardo, J. y Sande Pérez-Bedmar, M. de, (2016). El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos administrativos y laborales. *Revista de Información Laboral*, 6, 31-62.
- Poquet Catalá, R. (2013). Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 6:7, 191-219.
- Recuerda Girela, M. A. y Fernández Delpuech, L. (2012). Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 83, 49-92.

- Rodríguez Escanciano, S. (2006). *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez Escanciano, S. (2010). Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 3:12, 33-42.
- Sala Franco, T. (2001). Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. *Actualidad Laboral*, 3:1, 529-537.
- Sala Franco, T. (2005). Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos. *Actualidad Laboral*, 9.