

Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal

JOAN MAURI MAJÓS

*Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona*

1. Introducción
2. Recuperación del servicio y sucesión de actividades
3. Las distintas formas de imposición de la sucesión de actividades
4. Los efectos y las dificultades de la sucesión de actividades

Resumen

En el actual contexto económico y político, se detecta en las Administraciones locales una tendencia a la recuperación de los servicios públicos previamente externalizados, que tiene como condicionante esencial la situación del personal de sus distintas unidades gestoras. Sobre esta realidad vienen a incidir una serie de normas administrativas y laborales que resultan de difícil armonización.

Palabras clave: *servicio público; sucesión de empresa; oferta de empleo público; igualdad y mérito.*

The impact of remunicipalization on public employment affairs

Abstract

In the current economic and political context, local entities tend to recover public services previously externalized with the situation of the employees of the different management unities as a key issue to address.

Artículo recibido el 16/01/2017; aceptado el 19/01/2017.

In relation to this reality, several administrative and labour laws clash and their harmonization is not easy.

Keywords: public service; company succession; public employment offer; equality and merit.

1 Introducción

Remunicipalizar un servicio público no significa otra cosa que modificar su modo de gestión, es decir, adoptar un modo de gestión directo que sustituya el modo de gestión indirecto instrumentado a través de las distintas formas previstas por la legislación que regula los contratos públicos¹. La decisión que al respecto pueda tomarse ha de encuadrarse dentro de la libertad de elección de las formas de gestión, que resulta ser una expresión de la potestad de organización propia de la autonomía local. Una medida que no es enteramente libre, ya que ha de estar encuadrada por los principios de sostenibilidad y eficiencia, y fundamentarse en opciones racionales orientadas por la persecución del interés general y el principio de proporcionalidad, en base a una estricta consideración de que la resolución tomada se acaba fundamentando en que son más los beneficios que reporta que los costes que pueda ocasionar².

En todo caso, se asume aquí que el cambio en los modos de gestión puede derivar legítimamente de un planteamiento político dotado de un fuerte valor simbólico, al ser una expresión de la continua búsqueda de la mejor manera de gobernar³, por lo que conviene aceptar como premisa previa en esta materia una cierta lógica de reversibilidad entre los distintos modos de gestión que ha de ser bien entendida, no como posibilidad de una sucesión de múltiples y rápidos cambios entre las diferentes formas de gestión, lo que podría comprometer la continuidad del servicio y la

1. TORNOS MAS, Joaquín, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, pp. 34-35.

2. PONCE SOLÉ, Juli, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 40, febrero de 2016, pp. 84-92.

3. Tal como se advierte en ECHEBARRÍA, Koldo, “Els dilemes del disseny organitzatiu en la gestió pública”, en LONGO, Francisco e YSA, Tamyko (eds.), *Els escenaris de la gestió pública del segle XXI*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2007, pp. 75-76.

misma seguridad jurídica, sino sobre todo como expresión de una posibilidad cierta para las entidades locales de conservar y ejercer de manera fundamentada su libertad para elegir la modalidad gestora que, al entender de sus órganos de gobierno, pueda favorecer más a los intereses de los ciudadanos.

Desde esta perspectiva puede redefinirse el papel de los expertos y las técnicas de gestión en la materia, cuya función reside en neutralizar los efectos nocivos del cambio, y de forma más modesta, en acompañar las transiciones para que la modificación de los modos de prestación de un servicio, en un sentido u otro, pueda operar de la manera más equilibrada y satisfactoria para todos los intereses en presencia⁴.

Sin embargo, este trabajo no pretende centrarse en la decisión de remunicipalizar, sino en sus consecuencias sobre el personal. A este propósito, la posible situación del personal con ocasión de un cambio de modo de gestión de un servicio público resulta ser una cuestión importante y sensible para las entidades locales, las empresas de servicios y los propios empleados de unas y otras organizaciones. Una situación que no resulta fácil de definir desde una perspectiva jurídica, ya que sobre ella gravitan principios e instituciones de diferentes sectores del ordenamiento jurídico que pueden aparecer como contradictorios entre sí, pero que han de ser objeto de una aplicación coordinada de manera que pueda satisfacerse la función de los distintos instrumentos normativos y los intereses a los que sirven.

A consecuencia de esto resulta difícil establecer soluciones categóricas por la diversidad de normas que entran en juego y se entrecruzan, y porque además muchas de ellas son aplicadas de forma distinta en función de la cualidad y la posición del intérprete. Por lo demás, cada situación puede resultar única y debe hacerse de la misma un tratamiento particularizado y fundamentado en la colaboración de todos los implicados, esencialmente de la Administración, el concesionario y el contratista del servicio, los trabajadores y los empleados públicos, y las organizaciones sindicales que puedan asumir su representación, lo que debería prevenirnos sobre la precipitación y el unilateralismo, como obstáculos que evitar en toda política de recuperación de la gestión directa de un servicio público.

4. LE CHATELIER, G. (dir.), *Rapport de l'Institut Gestion Déléguée. Situation des personnels et changement des modes de gestion d'un service public*, París, 2007.

2

Recuperación del servicio y sucesión de actividades

La asunción directa de servicios previamente externalizados, plantea la duda de si los trabajadores afectados por esa transferencia de actividad podrían aspirar a integrarse en las plantillas del organismo público que puede asumir la prestación, o se abre una vía para proceder a la recolocación interna o a los correspondientes despidos por parte de las empresas de servicios.

Lógicamente, ante la duda, muy posiblemente la pretensión de los trabajadores sea la de mantener sus contratos de trabajo y continuar o conseguir mejorar las condiciones de trabajo existentes hasta el momento. Lo que resulta evidente es que la cuestión de la pervivencia y continuidad de las relaciones de trabajo, previamente concertadas y vigentes, en el momento de producirse el correspondiente cambio del modelo de gestión no resulta segura, en ausencia de una solución expresa que pueda aplicarse directamente al supuesto que se contempla.

Partamos de la base de que la recuperación de un servicio por la finalización o recuperación de un contrato puede constituir un supuesto objetivo de una sucesión de empresas, desde el prisma estricto con el que se describe esta institución en el artículo 44 ET y en el artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE⁵. De hecho, el artículo 44 ET dispone en su primer párrafo que: “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”, señalando su segundo párrafo que: “Se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”.

De estos textos normativos puede deducirse que existe sucesión de empresas cuando concurren los elementos siguientes:

- a) Un elemento subjetivo que consiste en la sustitución de un empresario por otro por cualquier situación de hecho, acto o negocio

5. El artículo 1.a) de la Directiva comunitaria nos dirá que: “La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión”. El TSJUE hace una lectura amplia de la expresión “cesión o fusión contractual”, y entiende que se produce ante todo supuesto de cambio en la persona física o jurídica responsable de la prestación de un servicio, tal como se puede ver en la STSJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09.

jurídico, al margen de la forma jurídica de la transmisión. Aquí no cabe distinguir entre personas de naturaleza pública o privada. El artículo 1.c) de la Directiva citada, nos dice que será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. A continuación excluye de su ámbito de aplicación la reorganización administrativa de las autoridades públicas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas. El precepto en cuestión se ha interpretado por la jurisprudencia entendiendo que no puede utilizarse para excluir del ámbito de aplicación de la norma comunitaria la transmisión de una actividad económica de una persona jurídica de derecho privado a una persona jurídica de derecho público, tal como puede verse en la STSJUE de 26 de septiembre de 2000, C-175/99, posición que se ha confirmado en la STSJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09. Más precisamente, la STSJUE de 20 de enero de 2011, C-43/09, ha afirmado que no puede excluirse que la Directiva se aplique en circunstancias en las que un ayuntamiento decide poner fin al contrato que lo vinculaba a una empresa privada, y hacerse cargo directamente de las actividades que había encargado a esta. En lo relativo a la excepción expuesta, la STSJUE de 26 de septiembre de 2000, C-175/99, nos dirá que la misma solo acaba excluyendo la cesión de competencias administrativas propias del ejercicio del poder público, es decir, las funciones reservadas a personal funcionario en los términos establecidos por el artículo 9.2 EBEP⁶. De la misma manera se advierte que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos, y no de un acuerdo de voluntades, no excluye de la aplicación de la Directiva, tal como se dice en la STSJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09. El elemento clave de la cesión de empresa que implica la transmisión puede ser un acuerdo negociado

6. La doctrina laboral nos ha recordado que la excepción comunitaria no se ha transpuesto al ordenamiento interno, de forma que el artículo 44 ET puede resultar perfectamente aplicable a las reorganizaciones administrativas y al traspaso de funciones entre autoridades públicas, advirtiendo al efecto de lo establecido en el artículo 8 de la misma Directiva, donde se señala que los Estados miembros pueden adoptar disposiciones más favorables para los trabajadores, tal como se dice en VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p. 62. La STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2010, ROJ: STSJ M 14646/2010, insistirá en esta cuestión, señalando que: “la Directiva 2001/23/CE lo que hace es fijar unos mínimos de garantía a favor de los trabajadores y tales mínimos pueden ser reforzados por los ordenamientos internos”.

- expreso o tácito, pero también un acto de la autoridad pública, como se subraya en la STSJUE de 9 de diciembre de 2004, C-460/02.
- b) Un elemento objetivo de la transmisión que a tenor de la Directiva comunitaria y del derecho positivo es siempre: “una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio”. Por tanto, el factor decisivo para determinar la existencia de una situación de sucesión es que se transmita una entidad económica, y sobre todo es saber si la entidad en cuestión conserva su identidad propia, que permita la continuación de la actividad aun después de la operación de que se trate. Desde una perspectiva orgánica ello requiere la cesión de un conjunto organizado de bienes materiales e inmateriales, que cuenten con una mínima autonomía funcional y organizativa con capacidad para desarrollar la misma actividad o una actividad análoga o equivalente. Sin embargo, a esta concepción fundada en una idea de la empresa como organización de medios, se le ha venido contraponiendo una posición articulada en torno a la idea de la empresa como actividad. Aparece así una perspectiva funcional que admite la sucesión de empresa sin transmisión de elementos materiales, y que acaba avalando la llamada sucesión de plantillas, es decir, la internalización de actividades con admisión de plantillas⁷. Con todo, lo cierto es que, hoy por hoy, se sigue estableciendo una clara distinción entre la mera continuación de la actividad, con una parte de la plantilla, y la transmisión de una entidad económica que conserva su identidad, lo que además de continuar con la actividad requiere el traspaso de una serie de elementos (personal, dirección, organización, método de explotación e instrumentos) que permitan entender que se ha transmitido una unidad con capacidad productiva. Lo que sí se ha reconocido es que en determinados sectores económicos que no requieren de un importante soporte patrimonial para su funcionamiento, dado que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común pueden constituir una entidad económica, cuando no existan otros factores de producción, siempre que el

7. ROJAS RIVERO, Gloria P., *La externalización en la Administración Pública. El debate jurisprudencial*, Asociación Canaria Iuslaboralista, Gran Canaria, 2016, obtenible en www.iuslaboralistas.com/?m=201610.

nuevo empresario se haga cargo de una parte esencial de los trabajadores considerados “en términos de número y de competencias”, tal como señala la STSJUE de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-127, C-229/96 y C-74/97. Por tanto, aquí el elemento esencial es la asunción de una parte sustancial de trabajadores, en términos de número y cualidad subjetiva, es decir, la referencia se hace a un factor no meramente numérico, sino también cualitativo y, en especial, organizativo, es decir, a un grupo de trabajo organizado con conocimientos propios en un determinado servicio⁸. Cuestión distinta es que el planteamiento hecho pueda ser objeto de una doble conceptualización, de manera que acabe recubriendo la asunción de una parte importante de trabajadores en términos esencialmente cuantitativos, si la actividad descansa fundamentalmente en mano de obra, o que la asunción se refiera a una parte esencial de los trabajadores en términos cualitativos, si la entidad puede funcionar sin elementos significativos del activo material, de modo que, si en un supuesto de sucesión se asumiera un número de trabajadores reducido, pero estos fueran los que controlarían los procesos clave de la actividad, debería entenderse que se está ante una entidad económica que mantiene su identidad. En todo caso, lo jurídicamente trascendente es que, independientemente del número de trabajadores asumido, se pueda seguir prestando el servicio o desarrollando la actividad. Por ello, lo importante es que se haya traspasado el grupo de trabajadores relevantes en términos de número y competencias para mantener la actividad desarrollada, y que este traspaso se haya producido de una forma pacífica, efectiva y real⁹. Ahora bien, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por la empresa cedente y la ejercida por ejemplo por un ayuntamiento sean similares, o incluso iguales, no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una unidad económica. Sencillamente, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad ha de resultar también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone, tal

8. Tal como se explica en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “Internalización de actividades sin ‘sucesión’ de plantillas”, *Relaciones laborales*, 5, 2011, pp. 1-18.

9. GÓMEZ ARBÓS, Juan, “La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del artículo 44 ET”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 185, 2016, pp. 235-236.

como se afirma en la STSJUE de 20 de enero de 2011, C-463/09. A todo esto, la casuística es tan grande como abundante es la variedad de supuestos que nos proporciona la realidad cotidiana. De ahí que la jurisprudencia comunitaria advierta que para determinar si una transmisión tiene por objeto una entidad que mantiene su identidad hayan de tomarse en consideración todas las circunstancias que caracterizan a la operación, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades, teniendo siempre en cuenta que estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse, y no pueden por tanto apreciarse aisladamente, como se advierte en la STSJUE de 18 de marzo de 1986, C-24/85, la de 19 de mayo de 1992, C-29/91, la de 11 de marzo de 1997, C-13/95, la de 20 de noviembre de 2003, C-340/01, y la de 20 de enero de 2011, C-463/09. De esta jurisprudencia resulta que la importancia que debe darse a los distintos criterios que permiten determinar la existencia de una transmisión de empresa varía en función de un gran número de parámetros, que solo podrán establecerse y ponderarse en función de las particularidades de cada transmisión que pueden afectar a una o varias categorías de los servicios que hayan de ser objeto de consideración, como se deduce de la STSJUE de 9 de diciembre de 2004, C-460/02¹⁰.

10. Un serio intento de sistematización de la doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET en cuanto al objeto de la transmisión se puede encontrar en la STS de 5 de marzo de 2013, ROJ: STS 1804/2013, en torno a los puntos siguientes: 1) el objeto de la transmisión ha de ser “un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”; 2) dicho objeto “no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial”, reduciéndose, “en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia”, “a su mínima expresión”, en tanto en cuanto “la actividad descansa fundamentalmente en mano de obra”; 3) de lo anterior se desprende que “un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción”; 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa “si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra,

Aunque no faltan algunos pronunciamientos en los que se afirma que la contrata de un servicio no es una empresa ni una unidad productiva autónoma con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no operando, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, como se dice en la STS de 5 de febrero de 2013, RJ/2013/2114, lo cierto es que, tal como puede deducirse del contenido de la STS de 30 de mayo de 2011, ROJ: STS 5397/2011, y de la STS 26 de enero de 2012, ROJ: STS 765/2012, nada obsta a que el objeto de determinados contratos del sector público pueda considerarse en sí mismo una entidad económica que mantiene una identidad propia, cuando por su propia naturaleza ostentan autonomía funcional suficiente para constituirse en unidades productivas susceptibles de explotación diferenciada¹¹. Todo ello sin que las normas sobre contratación pública, más concretamente el artículo 301.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), que prohíbe la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante, puedan impedir la aplicación de las normas laborales que regulan la sucesión de empresa¹².

sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y este asuma un número importante de trabajadores del anterior”; 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida “continúe efectivamente”, o que luego “se reanude”.

11. La STS de 14 de febrero de 2011, ROJ: STS 1008/2011, se refiere a la transmisión de unidades productivas autónomas que asumen actividades segregadas pero que tienen su propio organigrama, su propia dirección y estructura organizativa. La STSJ de Madrid de 2 de abril de 2014, ROJ: STSJ M 4233/2014, advertirá que la unidad productiva es una noción objetiva que, en el contexto del art. 44 ET, se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado. Precisamente esta noción objetiva de la unidad productiva permite señalar la materialidad de unas segregaciones que se corresponden con las correlativas actividades exteriorizadas, dotadas de la correspondiente independencia organizativa y funcional, constituyendo en su resultado un conjunto en cada caso de medios organizados, a modo de explotaciones económicas independientes, capaces de ofrecer bienes y servicios al mercado.

12. La STSJUE de 26 de septiembre de 2000, C-175/99, señala: “En cuanto a la posible obligación, impuesta por el derecho nacional, de resolver los contratos de trabajo de derecho privado en caso de transmisión de una actividad a una persona jurídica de derecho público, es preciso observar que semejante obligación constituye, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 77/187, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo derivada directamente de la transmisión, de modo que, en tal caso, la resolución de dichos contratos de trabajo debe considerarse imputable al empresario”. La STSJ de Castilla y León, Burgos, de 14 de julio de 2016, ROJ: STSJ CL 3980/2016, considera que la aplicación de la Directiva comunitaria sobre transmisiones de empresas al Ministerio de Defensa, no conculcaría el art. 301.4 TRLCSP, pues la obligación de subrogarse en las

De hecho, dejando al margen los importantes virajes y las oscilaciones padecidas a través de numerosas resoluciones judiciales sobre la consideración de los servicios objeto de contratación como unidades productivas autónomas a efectos de subrogación¹³, la doctrina judicial aplicable cuando la Administración decide asumir directamente la gestión de un servicio que previamente ha sido objeto de un contrato público se podría sintetizar de la forma siguiente:

- a) Como regla general, la operación de extinción del contrato y posterior asunción con trabajadores propios de la actividad previamente descentralizada no constituye por sí misma un supuesto de subrogación empresarial, lo que implica que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despidos por la empresa contratista, sin que pueda derivarse responsabilidad alguna para la Administración considerada a todos los efectos como empresa principal.
- b) No es menos cierto que este criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas decide asumir aquella y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresas encuadrable jurídicamente en el artículo 44 ET y en las directivas comunitarias de las cuales resulta ser una transposición.
- c) Tampoco resulta atendible el criterio general cuando la transmisión se refiera a una entidad económica que mantenga su identidad después del traspaso, entendiéndose por tal un conjunto de medios organizados, con la finalidad de desarrollar una actividad económica, ya sea esencial o accesorio, o un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.
- d) Con todo, se reconoce explícitamente la necesidad de analizar cada caso concreto para determinar la existencia o no de una transmisión

relaciones laborales no implicaría su consolidación como personal del Ministerio de Defensa, pues ello no supondría que adquiriera fijeza su plantilla de personal.

13. Un análisis detallado de la misma se puede obtener de la lectura de FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pp. 81-98. Una buena síntesis de la doctrina existente en la materia, en ALFONSO MELLADO, Carlos L., “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*, n.º 73, 2016, pp. 36-38.

de empresa, en base a la consideración de todas las circunstancias de hecho características de la operación planteada, entre las cuales figuran, a tono con la doctrina del Tribunal europeo, el tipo de empresa o de unidad productiva de que se trata, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de una mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela o los usuarios del servicio, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de la actividad¹⁴.

Lo que sí queda claro es que la mera cesión de la actividad no es una sucesión de empresa, es decir, la circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo gestor sean similares no es suficiente para afirmar la transmisión de una entidad económica. Sencillamente, una entidad no puede reducirse a la actividad que es objeto del traspaso¹⁵. Por tanto, la mera asunción por un ayuntamiento de una actividad que antes se hacía a través de un contrato por una empresa privada, sin que exista constancia de que se haya producido una transmisión de medios materiales o de cualquier otro orden, incluida la de haber asumido algunos trabajadores que habían prestado servicio para la anterior empresa concesionaria, no puede ser considerada un supuesto en el que concurren los elementos propios que configuran la aplicación del artículo 44 ET¹⁶.

En cualquier caso, la aplicación del artículo 44 ET demanda como mínimo la existencia de la transmisión de una actividad, lo que no se produce si se ordena previamente el cese de dicha actividad o la supresión del servicio¹⁷. En los supuestos a los que nos estamos refiriendo, para que puedan entrar en juego las previsiones subrogatorias establecidas en la legislación

14. Extractamos dicha doctrina de la STS de 30 de mayo de 2011, ROJ: 5397/2011, de la STS de 26 de enero de 2012, ROJ: STS 765/2012, y de la STS de 5 de marzo de 2013, ROJ: STS 1804/2013, referida esta última a un supuesto dado entre contratistas privados, pero que contiene una doctrina que se extiende a la sucesión de contratas y concesiones.

15. STS de 29 de mayo de 2008, ROJ: STS 4495/2008.

16. STS de 11 de julio de 2011, ROJ: STS 5449/2011.

17. Tal como se dice en MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis, “Procesos de extinción, separación y reestructuración de las personificaciones instrumentales locales en un contexto de crisis económica. Especial referencia al caso de Cataluña”, *Anuario del Gobierno Local 2011*, Madrid, 2012, pp. 211-212, los procesos de decisión derivados de la extinción de los diferentes modos y formas de gestión de los servicios públicos locales plantean siempre diferentes alternativas, entre las que no resulta menor la extinción total o parcial de la actividad por la Administración titular o su continuación, sobre la base de la previsión general o parcial de sucesión.

laboral, ha de existir la previsión de un ente que se haga cargo de las actividades que se venían desarrollando hasta el momento. De hecho, sin efectiva asunción de funciones y sin previsión de asumirlas no puede producirse el hecho de la sucesión de una empresa ni la subrogación de personal alguno. En principio, el cese de una actividad o la supresión de un servicio prestado por una entidad empresarial, sociedad pública o privada, no presupone un presupuesto objetivo en el que pueda darse una situación sucesoria, aunque se siga manteniendo alguna función residual que se atienda con personal propio, y aunque la Administración matriz asuma el global del activo y pasivo de una empresa pública dependiente de la misma que se liquida¹⁸. La supresión de funciones carentes de actividad y sin previsión de la misma, no existiendo organismo o empresa que vaya a desempeñar los servicios que se venían desarrollando, no impone el deber de mantener unas formas de gestión que no se consideran eficaces o sostenibles¹⁹.

Sin embargo, la cuestión se matiza e invierte en otros pronunciamientos donde se afirma la existencia de sucesión empresarial por reversión o rescate de la actividad, en el marco de aplicación del artículo 44 ET, cuando se recuperan los bienes que constituyen el sustrato objetivo de aquella actividad, aun en el caso de que no se continúe con el servicio y se acuerde su extinción. Aquí lo esencial es la existencia de una transmisión de la infraestructura empresarial necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión administrativa. Dándose esta circunstancia, la subrogación opera con independencia de que se adjudique el servicio a un nuevo concesionario, o lo asuma directamente la propia Administración, incluso cuando se acuerde por la misma su supresión teniendo la posibilidad de continuarlo. Por tanto, lo decisivo para que exista subrogación no puede estar en que el titular continúe el servicio o la actividad objeto de concesión administrativa, cosa

18. STS de 22 de julio de 2015, ROJ: STS 4365/2015.

19. Al respecto, las SSTSJ de Andalucía, Málaga, de 1 de julio de 2015, ROJ: STSJ AND 8223/2015, y de 3 de diciembre de 2015, ROJ: STSJ AND 12946/2015; también las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 2015, ROJ: STSJ CV 6134, y de 22 de diciembre de 2015, ROJ: STSJ CV 6399/2015. En la misma dirección, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 19 de junio de 2013, ROJ: STSJ CL 2811/2013. La STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 19 de diciembre de 2014, ROJ: STSJ ICAN 4124/2014, contempla un supuesto peculiar, al sustituir la prestación de un servicio contratado con una cooperativa de ayuda domiciliaria por una prestación económica social municipal, otorgando la posibilidad a los particulares de contratar, directa e individualmente, su atención domiciliaria, lo que a todos los efectos resulta difícil de encajar en el esquema de la sucesión empresarial.

que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo²⁰.

En todo caso, este planteamiento nos parece discutible por presuponer que el acto de extinción de un servicio es una decisión dada en el propio interés y no en función del interés general, que ha de estar orientada por los criterios de sostenibilidad y eficacia. Además, resulta evidente que la obligada asunción del personal proveniente de la empresa contratista para la prestación de una actividad que se pretende extinguir acaba condicionando seriamente la potestad de organización de la Administración y, en última instancia, obligándola a optar por una forma de gestión indirecta, restringiendo su libertad para decidir continuar o no con la prestación de un servicio. Por si esto fuera poco, la doctrina mencionada no distingue entre servicios obligatorios y actividades conexas y posibles, con lo que se puede acabar imponiendo a la Administración la interiorización de una serie de servicios que no pueden considerarse propios de la actividad administrativa, por la simple traslación de los prestados por la empresa contratista²¹.

3

Las distintas formas de imposición de la sucesión de actividades

Resulta común en nuestra doctrina distinguir entre tres posibles fórmulas jurídicas de sucesión: la básica por aplicación imperativa de la redacción prevista en el artículo 44 ET, la convencional alcanzada a partir de la autonomía colectiva, y la contractual establecida en los pliegos de condiciones administrativas²².

Nos hemos referido ya a la sucesión legal que opera en casos de traspasos de servicios o actividades públicas por imperativo del artículo 44 ET, correctamente interpretado a la luz de las directivas comunitarias y de la doctrina elaborada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea,

20. Lo contrario supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin coste alguno, recuperando los bienes que constituyen el substrato objetivo de la empresa, tal como se dice en la STS de 26 de mayo de 1987, ROJ: STS 12347/1987, con doctrina consolidada para la gestión de servicios públicos en la STS de 5 de febrero de 1991, ROJ: STS 16469.

21. Como pueden ser los servicios de restauración o cafetería. Véase al respecto el interesante voto particular que acompaña a la STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2012, ROJ: STSJ M 17810/2012.

22. Una clasificación de los diversos tipos de sucesión empresarial, con cita de la jurisprudencia que los avala, en la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 7 de julio de 2011, AS/2011/2703, y en la SAN de 25 de marzo de 2015, ROJ: SAN 1360/2015.

sucesión que exige la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados con capacidad para continuar una actividad productiva, esencial o accesoría.

Conviene ahora añadir que la apreciación de este tipo de sucesión goza de una absoluta prioridad siempre que se den los requisitos previstos al efecto, con lo cual los demás tipos únicamente pueden actuar en su defecto o en ausencia de alguno de sus elementos característicos. Por otra parte, ha de considerarse que los efectos y las consecuencias de las diferentes modalidades de sucesión no son exactamente los mismos. La sucesión legal se transforma en una verdadera obligación de subrogación que se impone por ministerio de la ley a las empresas y a los trabajadores. La subrogación convencional presupone también una obligación de subrogación, pero solo en los términos y las condiciones que se pueden haber fijado en el correspondiente convenio y siempre sujeta a sus límites, formalidades y entrega de la documentación pertinente. La subrogación contractual ha de producirse siempre en los estrictos términos acordados en el pliego de condiciones del contrato, y en principio debería aceptarse por los propios trabajadores interesados.

La sucesión convencional ha de venir impuesta por norma sectorial eficaz, lo que ocurre en numerosos ámbitos productivos en los que el desarrollo de las actividades empresariales descansa principalmente en mano de obra, y la sucesión de contratistas resulta relativamente frecuente, constituyendo un contenido típico de la negociación la inclusión de cláusulas en virtud de las cuales se impone a los empresarios que sucedan a otros en el desarrollo de las mismas actividades la obligación de absorber al personal de estos últimos²³.

23. Como se señala en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, *La sucesión de empresa en los supuestos...*, ob. cit., pp. 100-106. Dicho autor advierte de la presencia de una abundante y matizada tipología de cláusulas convencionales que introduce una serie de condicionantes a la subrogación de personal, como pueden ser los siguientes: a) Acreditar la concurrencia en los trabajadores afectados de un período mínimo de antigüedad de forma exclusiva o prevalente al servicio objeto de la transmisión, para evitar sobredimensionamientos fraudulentos de la plantilla o la adscripción selectiva de empleados; b) excluir a cuantos se encuentren unidos con el empleador por vínculos de consanguinidad o afinidad, salvo acreditación expresa de una relación contractual; c) extender la protección únicamente a los indefinidos y hijos; d) exigir la identidad del objeto de los servicios en ambas concesiones, sin que sea posible la subrogación cuando se altera el contenido, extensión u objeto del contrato; e) limitar el número de individuos a subrogar o condicionar la sucesión, bien a la imposibilidad de que la anterior adjudicataria pueda dar nueva ocupación en alguno de sus centros de trabajo a los miembros de la plantilla adscritos a la concesión de servicio público, bien a la falta de personal en la nueva para hacer frente a la actividad; f) cumplir una serie de requisitos de carácter formal, cuya finalidad presenta el doble objetivo

El problema se plantea cuando alguna de las cláusulas que regulan la sucesión convencional se extiende a la subrogación de personal de las empresas que se sustituyen, mediante cualquiera de las modalidades de contratación de servicios que se realizan a través de un concurso o de una oferta pública de contratación, señalando específicamente que entre las situaciones sujetas al procedimiento de subrogación se ha de contar con el rescate, la suspensión, la rescisión, la pérdida o la cesión total o parcial de alguna de las actividades que se venían realizando por la empresa concesionaria o contratada. Lo que significa, lisa y llanamente, obligar a la Administración que asume directamente la prestación de un servicio a subrogarse en el personal afecto al mismo, por imperativo de una cláusula pactada en un convenio colectivo sectorial que regula las relaciones entre las empresas de servicios y sus trabajadores.

Estas cláusulas no pueden alcanzar a las Administraciones Públicas contratantes en base a una acreditada jurisprudencia, que maneja los argumentos siguientes:

- a) Las cláusulas convencionales discutidas solo resultan de aplicación a las empresas que están incorporadas expresamente en el ámbito subjetivo de comprensión del correspondiente convenio colectivo; por lo tanto, el contenido normativo de un convenio no puede establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumirse por entidades que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación.
- b) Las cláusulas obligacionales de un instrumento convencional solo pueden resultar de aplicación a las empresas que han estado representadas por las partes que han intervenido en la negociación del correspondiente convenio colectivo sectorial, entre las cuales, por cierto, no suele haber constancia de ninguna institución pública.
- c) La función de este tipo de cláusulas es operar entre contratistas que se sustituyen en la prestación de un servicio, resultando evidente que cuando una entidad pública rescinde la adjudicación de un contrato y decide asumir directamente la ejecución de un servicio público, no actúa como contratista del sector que obtiene una nueva adjudicación ni sucede en el contrato a un contratista anterior.
- d) Dichas cláusulas se oponen frontalmente a imperativas previsiones legales que aquí sí resultan de obligada aplicación, como es la establecida en el artículo 301.4 TRLCSP, donde se indica que a la extinción de los contratos de servicios no podrá producirse en nin-

de informar a los trabajadores y justificar estar al corriente en el pago de las retribuciones y de las obligaciones con la seguridad social.

gún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público correspondiente, debiendo recordarse al respecto que la ley ocupa en la jerarquía normativa una posición superior a la del convenio colectivo, razón por la que este debe respetar lo dispuesto con carácter necesario en aquella²⁴.

Aun así, hay que dar cuenta de la existencia de una jurisprudencia menor que, para el supuesto concreto de empresas públicas que se comportan implícitamente como empresas del sector, y que no disponen de un convenio propio, impone la aplicación del convenio estatal del referido sector, aunque no se den las condiciones objetivas para una sucesión de empresas de carácter legal²⁵. Más matizada resulta ser aquella jurisprudencia en la cual la existencia de un convenio sectorial que impone la sucesión en los supuestos de sustitución de empresas contratistas entre las que no concurre el requisito de transmisión patrimonial que habilitaría directamente la sucesión legal, se tiene en cuenta y se valora a efectos de acreditar los presupuestos constitutivos de la figura sucesoria por rescate de actividades como posibilidad incluida en el artículo 44 ET, advirtiendo que, de una manera u otra, es lo que se acaba regulando en las normas convencionales estudiadas²⁶.

Respecto a la contratación administrativa como vehículo amplio para imponer la subrogación empresarial entre empresas contratistas, hay que partir del dato objetivo establecido en el artículo 118.1 TRLCSP, donde se señala que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indique en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato que atiendan a consideraciones de tipo social, con el fin de garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción, mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la OIT.

24. La doctrina citada se plasma en la STS de 11 de julio de 2011, ROJ: STS 5449/2011, la STS de 19 de mayo de 2015, ROJ: STS 3028/2015, y la STS de 21 de abril de 2015, ROJ: STS 2112/2015. Ello no impide la existencia de algún pronunciamiento donde se considera al convenio colectivo resulta comprensivo de cualquier actividad del sector desempeñada por un sujeto público o privado, lo que obliga a la empresa o entidad pública cesante y entrante, sin otra matización, trasladando la carga de la subrogación del personal a un ayuntamiento que se hace cargo del mantenimiento de jardines y zonas verdes de una zona industrial, tal como se puede ver en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 10 de octubre de 2012, JUR/2012/404269.

25. STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 2010, ROJ: STSJ CLM 2004/2010, y STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2014, ROJ: STSJ PV 2709/2014.

26. STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2012, ROJ: STSJ M 17810/2012.

En consonancia con lo anterior, el artículo 150 TRLCSP señala que, para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económica más ventajosa, deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, entre los que se citan las características vinculadas con la satisfacción de las exigencias sociales que respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato.

De acuerdo con estas previsiones, cabría incluir en la contratación pública medidas dirigidas a considerar lo que pueda ocurrir con las relaciones de trabajo de los empleados de la empresa adjudicataria en caso de la sustitución de la misma por otra contratista, o en caso de recuperación del servicio por la propia Administración.

Por su parte, el artículo 120 TRLCSP introduce por primera vez el tema de la subrogación del empleador en las relaciones contractuales de nuestro sector público, sentando una doble obligación: el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicara tal medida; a estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato, y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este.

A la vista de lo que se ha expuesto hasta el momento, parece que la contratación pública ha previsto de manera expresa la inclusión de cláusulas sociales en esta materia, en tres modos distintos:

- a) Como criterio a tener en cuenta para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, que deberá vincularse de algún modo con el objeto del contrato.
- b) Como condición especial de ejecución del contrato, siempre que sea compatible con el derecho comunitario, y se indique en el anuncio de licitación y en el pliego o el contrato.
- c) Como deber de facilitar a los licitadores la información necesaria y relevante para la subrogación²⁷.

27. Véanse, al respecto, BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º Extra 10, 2008, pp. 231-244; y DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “La valoración de las ofertas en el derecho de los contratos públicos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 30, 2012, pp. 40-45.

En base a estas previsiones, no ha de sorprendernos que los pliegos de condiciones establezcan alguna regla, en las fases de adjudicación o ejecución del contrato, sobre el destino de los trabajadores de una empresa adscritos a un determinado objeto contractual, cuando este pasa a manos de otra o retorna a la Administración, con el objetivo último de garantizar la estabilidad en el empleo y las condiciones de trabajo existentes, pero también como una práctica de gestión, para aprovechar la mayor experiencia y conocimiento que el trabajador tiene de la actividad a desarrollar en sus puestos de trabajo, lo que no deja de ser una garantía de eficacia.

En todo caso, nuestra doctrina recuerda que la obligación de subrogación no constituye un ámbito propio de decisión del órgano de contratación, sino que deriva de lo que disponga la normativa de carácter laboral, debiéndose limitar los pliegos a suministrar la información que resulte necesaria a los licitadores, al objeto de que estos formulen sus ofertas con conocimiento de las relaciones y condiciones en las que se han de subrogar²⁸.

A este propósito, se recuerda el Informe 31/1999, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, según el cual: “la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares”. Un planteamiento que ha sido seguido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 181/2011, de 6 de julio, en la que se manifestaba: “la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que, en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate”, advirtiendo en su Resolución 134/2013, de 5 de abril, que: “la existencia o no de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo que venían ligando al anterior concesionario depende de si esa obligación está contemplada en el convenio colectivo del sector. Si no lo está, el establecimiento ex novo de esta obligación en los pliegos excedería de su contenido jurídicamente admisible, por lo que deberían ser anulados en este punto”.

28. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Hilario M., “Subrogación laboral en los contratos del sector público”, *Actualidad Administrativa*, n.º 5, 2014, pp. 1-9.

A lo que no obsta la redacción del artículo 120 TRLCSP, de la que podría deducirse que es posible imponer la obligación de que el adjudicatario de un contrato se subroge como empleador, en los contratos laborales del personal que se encontrara prestando servicios antes de la adjudicación. En buena lógica, hay que referir lo dispuesto en el artículo 120 TRLCSP, el cual se limita a establecer una obligación de facilitar a los licitadores la información necesaria y relevante para la subrogación, a los supuestos de sucesión legal previstos en el artículo 44 ET, o a los de sucesión convencional que puedan desprenderse de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate. Ahora bien, fuera de la subrogación legal o convencionalmente obligatoria, una cosa es que sea posible imponerla en estos casos, y otra muy discutible es que dicho precepto habilite o faculte al órgano de contratación para decidir su inclusión en cualquier contrato en el que así lo estime conveniente, aunque no exista obligación legal de hacerlo²⁹.

Por lo demás, existe una línea jurisprudencial donde se manifiesta que nada deben decidir los órganos de contratación en una materia como la subrogación empresarial, sobre la que carecen de competencias, y que ha de resolverse siempre en base a lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos, ya sea en la fase de adjudicación del contrato, con la atribución de puntos por la subrogación, o en la de ejecución del mismo, exigiendo al nuevo adjudicatario que se subroge en las relaciones laborales preexistentes³⁰.

29. Un planteamiento que resulta concorde con el expresado en el Informe 5/2015, de 13 de noviembre, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, sobre la posibilidad de establecer en todo caso en los pliegos de cláusulas administrativas la subrogación obligatoria del personal que venía prestando el servicio.

30. SSTs de 16 de marzo de 2015, ROJ: STS 1475/2015, y de 8 de junio de 2016, ROJ: STS 2675/2016. En la misma dirección, las SSTSJ de Madrid de 23 de febrero de 2011, ROJ: STSJ M 1793/2011, y de 30 de mayo de 2013, ROJ: STSJ M 5973/2013; también la STSJ del País Vasco de 11 de julio de 2014, ROJ: STSJ PV 1954/2014, que anula la Instrucción del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Vizcaya de 29 de octubre de 2013, sobre Criterios de Mantenimiento de las condiciones de Trabajo y Medidas de Carácter Social para su Aplicación en los Procedimientos de Contratación. La SAN de 25 de marzo de 2015, ROJ: SAN 1360/2015, distingue entre aquellas cláusulas que valoran como criterio de adjudicación la subrogación a través de la concesión de puntos, y las que simplemente la imponen como un criterio de ejecución condicionada a la voluntaria aceptación por el trabajador. Las primeras supondrían una discriminación contraria a la competencia, claramente favorecedora del contratista saliente o anterior adjudicatario; las segundas, al no ser un factor determinante de la adjudicación, se aceptan como un tipo de cláusula social de la contratación que pretende la estabilidad de los puestos de trabajo, teniendo, por tanto, un claro objetivo de defensa de un interés público, y resultando de aplicación por igual a todas las empresas del ramo.

Capítulo aparte merecen aquellos pronunciamientos favorables a la aceptación de cláusulas de la contratación que impongan la subrogación de los trabajadores, en base al obligado cumplimiento de un acuerdo o convenio colectivo propio de una determinada Administración o ente público. Entiéndase bien que nada hay que objetar a la existencia de convenios de sector que impongan la subrogación entre empresas contratistas de dicho sector, un dato que resulta relativamente frecuente en nuestro sistema de relaciones laborales³¹. Nos referimos aquí a un supuesto diverso en el cual la cláusula de subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios, en el caso de cambio de la titularidad de la contrata, se incluye en el pliego de condiciones de la licitación por imposición de un instrumento colectivo pactado entre un ente público y las organizaciones representativas de sus trabajadores.

Lógicamente ello presupone que el deber de la Administración de establecer una obligación de subrogación, en los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos para la adjudicación del servicio público del que ella es titular, constituye un contenido posible de la negociación de los acuerdos sobre condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, y de los convenios colectivos del personal laboral de una determinada Administración Pública, afirmación que se legitima por la doctrina que la sostiene en base a una interpretación sistemática de los siguientes argumentos:

- a) El actual artículo 150.1 TRLCSP distingue entre criterios que pueden incluirse en cualquier licitación para la valoración de ofertas, como puede ser el caso del precio y la calidad, pero sin desprestigiar otros que se podrán incluir en la medida en que guarden una relación directa con el objeto del contrato, como puede ser el compro-

31. La STSJ de Madrid de 13 de enero de 2012, ROJ: STSJM 75/2012, nos dirá que: “en nuestro derecho colectivo, los sectores que regulan la subrogación en los convenios colectivos nacionales son: acción social e intervención social, asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de minusválidos, asistencia en tierra en aeropuertos (*handling*), atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas, construcción, *Contact Center*, contrataciones ferroviarias, empresas concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos, entrega domiciliaria, hostelería, instalaciones deportivas, juego del bingo, limpieza de edificios y locales, limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público, puertos del Estado y autoridades portuarias, regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, reparto sin direccional, seguridad, transportes de enfermos y accidentados en ambulancias. Además existen una relación de sectores que regulan la subrogación en sus convenios sectoriales autonómicos y/o provinciales”.

miso de subrogación como una condición social que responda a necesidades exigidas por el servicio público a prestar, por lo que habrá de analizarse caso por caso y no darlo por sentado con carácter general.

- b) En todo caso resulta posible la inclusión en el pliego de condiciones de una cláusula que establezca la subrogación de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad del contrato, ya que la inclusión de dicha cláusula puede no constituir un criterio de selección, sino formar parte del pliego como una condición relacionada con la ejecución del contrato, advirtiéndose al respecto que, tal y como establece el artículo 115.2 TRLCSP: “En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato”.
- c) La propia regulación de los contratos públicos contempla la posibilidad de que en los pliegos de condiciones se incluyan cláusulas de subrogación, tal como establece el artículo 120 TRLCSP, referido a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, señalándose que si no pudiera imponerse la obligación de que el adjudicatario de un contrato se subrogue como empleador, dicho precepto sobraría.
- d) La tesis de que un acuerdo o pacto colectivo no puede imponer su cumplimiento a empresas situadas fuera de su ámbito de aplicación, ni puede imponerse a empresas y trabajadores que no fueron parte de la negociación, una subrogación que no han consentido, se considera excesivamente reduccionista del ámbito de la negociación y no apropiada a las circunstancias del propio pacto. En primer lugar, porque se olvida que vencido un contrato de adjudicación de un servicio público del que es titular la Administración, dicho servicio revierte jurídicamente en la Administración, con lo que en línea de principio operará respecto de ella la obligación legal de subrogarse en los contratos de los trabajadores empleados por la adjudicataria en el servicio; sobre esa base, cuando en un posterior contrato de adjudicación del mismo servicio se establece la cláusula de subrogación del adjudicatario en los contratos de los trabajadores que el anterior adjudicatario tuvo, no puede decirse en rigor que la Administración sea un tercero ajeno a esos contratos, sino que está directamente concernida en su posición de posible empleador. En segundo lugar, porque la traslación de las cláusulas de subrogación a los pliegos de contratación se impone a quienes las firmaron, es

decir, a los entes públicos que suscribieron los correspondientes acuerdos convencionales, que al margen del contenido posible o no de la negociación, les atribuyeron una validez y eficacia que posteriormente no se puede cuestionar de una forma indirecta. En tercer lugar, se observa que a las empresas de servicios no se les impone el cumplimiento del acuerdo o del convenio colectivo, simplemente si acuden al concurso público que se convoque han de respetar la totalidad de las cláusulas generales y particulares, y entre estas últimas estará la subrogación en los contratos de los trabajadores. La obligación de subrogación no nace pues del instrumento colectivo, sino de la aceptación que la empresa hace del concurso, al que libre y voluntariamente se ha presentado, sometiéndose a las estipulaciones del mismo, una obligación que por cierto no se impone a los trabajadores afectados por el proceso de transmisión, que podrán o no aceptar la subrogación de sus contratos³².

Como conclusión, parece ser que la admisibilidad del efecto subrogatorio de una cláusula del pliego de condiciones va a depender de la existen-

32. La doctrina expuesta se localiza fundamentalmente en las SSTs de 4 de junio de 2013, ROJ: STS 3407/2013, y de 30 de abril de 2014, ROJ: STS 2171/2014, cuya redacción final acaba incluyendo un elemento de confusión, al señalar que la interpretación de los artículos 44 ET, 120 TRLCSP y 37.1 EBEP ha de llevar a la conclusión de que un pacto de subrogación contenido en acuerdo sobre materias comunes tiene plena cabida en la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas, cuando de lo que se trata es de demostrar que dicho acuerdo detenta la capacidad suficiente para constituirse, directa o indirectamente, en una regulación sectorial de base convencional que imponga la sucesión entre empresas privadas vía pliegos en aquellos supuestos en donde no se den los elementos que acrediten la aplicación de las correspondientes normas legales, es decir, que imponga la subrogación convencional a los trabajadores de las empresas contratistas al margen del artículo 44 ET. En todo caso, el reverso de este tipo de pronunciamiento puede encontrarse en la STSJ de Andalucía, Málaga, de 1 de julio de 2015, ROJ: STSJ AND 8223/2015, que se pronuncia sobre la posible aplicación de una cláusula de mantenimiento en el empleo contenida en el convenio colectivo del personal laboral de una empresa pública provincial, donde se garantizaban los contratos de trabajo vigentes frente a cualquier supuesto que implicara reducción o pérdida de empleo, señalando que en este caso dichos trabajadores tendrían que ser absorbidos en la plantilla de la empresa u organismo provincial que continuara prestando servicios propios de la empresa, subrogándose en las mismas condiciones de trabajo y respetándose la antigüedad, categoría y salario, advirtiendo que: “no es concebible una aplicación del convenio, incluso aun cuando como es el caso se trate de la propia corporación, socia constituyente de la sociedad, pues ya se ha argumentado que se trata de entidades con personalidad jurídica propia y distinta. En realidad, el precepto en cuestión solo cabe ser interpretado como expresivo de la subrogación que, con carácter general, se prevé en el artículo 44 del ET, pero en el entendido que ello no impediría a la sociedad empleadora –como, en definitiva ha ocurrido– el acometer extinciones cuando estas estén debidamente amparadas en las causas legalmente establecidas”.

cia o no de un instrumento colectivo que la respalde³³. Por tanto, la aceptación de este tipo de prescripciones contractuales no debería plantear excesivas dificultades cuando en una norma colectiva suscrita por el ente público titular del servicio, o que resulte aplicable a las empresas concernidas por la transmisión de la actividad, se hallara prevista de una forma suficiente y detallada la sucesión por incorporación a los correspondientes pliegos. Un efecto, por cierto, que se producirá de una forma más natural si dicha cláusula de subrogación se configura como una condición de ejecución del contrato, y no como un criterio de selección del contratista, lo que podría considerarse discriminatorio por afectar al principio de competencia.

4

Los efectos y las dificultades de la sucesión de actividades

Si atendemos ahora a las obligaciones laborales derivadas de la sucesión en la actividad de servicio público, hay que partir del dato objetivo de que la subrogación legal, cuando se verifica la existencia de una transmisión de una unidad productiva autónoma, presupone la entera aplicación del artículo 44 ET, considerado como una norma de derecho necesario en virtud de la cual se producen dos efectos esenciales: el primero presupone la conservación de las relaciones laborales y el mantenimiento de los derechos y obligaciones laborales existentes hasta el momento; el segundo supone que el empresario cedente y el cesionario responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión, y que no hubieran sido satisfechas durante un período de tres años.

Dos son, por tanto, las consecuencias de la aplicación del artículo 44 ET para el nuevo titular de la correspondiente entidad productiva objeto de la transmisión:

- a) La aparición de una obligación de conservación de las relaciones laborales, asumiendo en sus propios términos la posición contrac-

33. NORES TORRES, Luis Enrique, “El empleo público en tiempos de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP.”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 35, 2014, p. 16. No hay, pues, tres procedencias distintas de la obligación de subrogación, sino solo dos: la subrogación legal por imperativo del artículo 44 ET, en la que puede encajar la llamada sucesión de plantillas, y la subrogación convencional, que puede acabar imponiéndose a través de los pliegos de la contratación pública, pero que tiene su origen en la norma convencional; sobre los diversos orígenes de la obligación de subrogación, nos remitimos al trabajo de MADRIGAL ESTEBAN, María Jesús, y MARTÍNEZ SALDAÑA, David, “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 40, 2015, pp. 33-51.

tual del anterior empresario, con la consiguiente desvinculación del mismo, que se limitará a comunicar a los trabajadores que como consecuencia de la transmisión pasan a depender de un nuevo empresario, sin que dicho acto de información pueda considerarse una comunicación de despido. En todo caso, conviene advertir que la subrogación legal tiene un carácter bidireccional, se impone al ente público que actúa como cesionario, pero también a los trabajadores del empresario cedente adscritos a las unidades productivas que constituyen el objeto de la sucesión, trabajadores que están obligados a aceptar al nuevo empresario sin que se considere necesaria una manifestación expresa de voluntad.

- b) El surgimiento de una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no se hayan satisfecho durante un período de tres años a contar desde la transmisión³⁴.

En todo caso, conviene advertir que el obligado cumplimiento de las obligaciones derivadas de la sucesión no va a poder obviar que el cesionario resulta ser un ente público, sometido a un particular ordenamiento jurídico de naturaleza objetiva que pauta las reglas de clasificación de puestos y de ingreso a sus empleos³⁵.

La primera dificultad, pues, para la interiorización de personal proveniente de una sucesión de empresas del sector privado hacia una matriz pública, va a poder localizarse en el régimen jurídico de la clasificación de puestos que se haya podido adoptar por una estructura organizativa que los

34. En los procesos de recuperación de servicios conviene tener muy en cuenta la diferencia existente entre ambas garantías: la garantía de la subrogación y la garantía derivada de la asunción de la responsabilidad solidaria. Al respecto, hay que tener en cuenta que la garantía de la responsabilidad solidaria alcanza a todas las deudas del empresario anterior nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, tanto respecto de los contratos de trabajo vigentes al tiempo de la transmisión como de los no vigentes, lo que puede presuponer la asunción de responsabilidades por deudas laborales preexistentes a la transmisión respecto de un trabajador no cedido, tal como se advierte en REY GUANTER, Salvador DEL, MARTÍNEZ FONS, Daniel, y SERRANO OLIVARES, Raquel, “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58, 2005, pp. 238-239.

35. Incluso en aquellos casos en los que el destinatario de la transferencia de actividad pueda ser una sociedad mercantil de capital público, sociedades que no son Administraciones pero que se integran dentro del sector público, lo que significa que les van a resultar de aplicación a nuestros efectos la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, que en su disposición adicional décima quinta regula la contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas, y la disposición adicional primera EBEP, que regula el acceso en las entidades del sector público estatal, autonómico y local.

ha diseñado atendiendo a los criterios que en las normas de derecho público permiten identificar los diferentes puestos de trabajo. La cuestión consiste en preguntarse hasta qué punto puede incorporarse al personal laboral subrogado en una posición que permita su consideración como una dotación de un puesto de trabajo reservado a funcionarios. Lógicamente, la pregunta se puede plantear de una manera inversa, es decir, hasta qué punto la clasificación de un puesto como reservado a funcionarios puede constituir un obstáculo objetivo a una subrogación de personal laboral³⁶.

Planteadas en estos términos, la cuestión parece resolverse a la vista de la STS de 21 de mayo de 2014, ROJ: 3410/2014, donde se hace prevalecer el mecanismo de sucesión legal sobre las decisiones administrativas de clasificación de puestos, recordando que las mismas no pueden suponer un impedimento para la subrogación, al ser algo que se decide en última instancia por la propia Administración³⁷.

De igual forma se rechaza la utilización del vínculo funcional para eludir la asunción del personal proveniente de una sucesión de empresa, lo que se produce cuando un determinado ente público articula un sucedáneo de proceso selectivo, fundamentalmente basado en la experiencia obtenida en puestos de trabajo correspondientes a la anterior empresa adjudicataria del servicio, y mantiene a una parte sustancial del personal tras nombrarles como funcionarios interinos, y hacerles renunciar a su vínculo laboral de naturaleza fija³⁸.

Por otra parte, el artículo 70 EBEP establece que las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso, serán objeto de una

36. Sobre los criterios a la hora de decidir cuándo un puesto de trabajo debe ser cubierto por personal funcionario o laboral, nos remitimos a los trabajos de CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 2012, pp. 82-99, y de GORRITI BONTIGUI, Mikel, “Funcionarios y laborales: criterios para su decisión organizativa”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 11, 2016, pp. 94-111.

37. Nuestro derecho conoce el supuesto del personal laboral que desempeña funciones o puestos clasificados como propios del personal funcionario, tal como queda acreditado en la disposición transitoria 2.ª EBEP.

38. Tal como se dice en las SSTSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2015, ROJ: STSJ PV 3002/2015, y de 13 de octubre de 2015, ROJ: STSJ PV 3281/2015: “el Ayuntamiento no puede eludir la sucesión empresarial que existe *ex art.* 44 ET esgrimiendo como argumento la vinculación funcional y no laboral, y la superación de las pruebas por los trabajadores que lo fueron de la UTE, cuando la realidad es que ha existido asunción de plantilla en número más que considerable (provocada por los méritos establecidos por el propio Ayuntamiento para acceder a los puestos y transmisión de los elementos precisos para la ejecución del servicio)”.

oferta de empleo público o instrumento similar que se aprobará anualmente. Por tanto, el alcance de la oferta de empleo público consiste en determinar y anunciar al público las plazas vacantes y presupuestadas, existentes en una determinada estructura de plantilla, que podrán ser objeto de cobertura en el ejercicio presupuestario anual a que está referida. La incorporación de plazas a una determinada oferta de empleo público se limita a través de una tasa de reposición de efectivos, que fija el máximo de las vacantes que se pueden cubrir y que se expresa a través de un porcentaje. Para calcular la tasa de reposición de efectivos, el porcentaje máximo autorizado se aplica sobre la diferencia que pueda resultar entre el número de empleados fijos que dejaron de prestar servicios durante el ejercicio presupuestario correspondiente, en cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías, y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado a los mismos, en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresados desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo, tal como se dice en el artículo 20.Uno.4 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

Por lo tanto, se podría advertir que todo proceso de subrogación de personal proveniente de una internalización de servicios resulta ser, en sí mismo, un proceso de incremento de efectivos en las plantillas públicas que puede acabar repercutiendo en la tasa de reposición de efectivos³⁹. Si eso es así, la tasa de reposición de efectivos se convierte en un límite cierto a los procesos de reversión en los que se quiera operar una subrogación de personal.

39. Cobra aquí importancia la opción organizativa que se haga para interiorizar el servicio. La reversión puede hacerse mediante la integración en un organismo o entidad de derecho público o en una sociedad mercantil de capital público. En este sentido, la tasa de reposición de efectivos prevista con carácter general en el artículo 20.Uno.3 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, es de un máximo del 50%, mientras que la tasa de reposición de efectivos prevista en la disposición adicional décima quinta de la misma Ley, para la contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales, resulta inexistente cuando se trate de la contratación de personal con una relación preexistente de carácter fijo e indefinido en el sector público en el que respectivamente esté incluida la correspondiente entidad pública empresarial o sociedad mercantil, advirtiéndose además que las sociedades mercantiles públicas empresariales que hayan tenido beneficios en dos de los últimos tres ejercicios podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 100% de su tasa de reposición, mientras que las sociedades mercantiles públicas y las entidades empresariales distintas de las comprendidas en la expresión anterior podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 60% de su tasa de reposición, bien entendido que, adicionalmente, podrán realizar, exclusivamente para la consolidación de empleo temporal, contratos indefinidos con un límite del 15% de su tasa de reposición. Por si esto fuera poco, la misma norma permite, en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, las contrataciones temporales que se puedan considerar pertinentes.

Advirtamos ya sobre la necesidad de no interpretar de una manera abstracta, unilateral e indiferente los límites presupuestarios a la incorporación de personal en las plantillas públicas, prescindiendo de los matices que puede aportar cada situación. De entrada, hay que señalar que las limitaciones que contienen los preceptos presupuestarios se refieren a la incorporación de personal de nuevo ingreso, vinculado exclusivamente a una oferta pública de empleo u otro instrumento similar de gestión de las necesidades de personal, derivándose de esta situación la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos, pero no aluden a otros procedimientos de incorporación derivados del cambio en las distintas formas y modos de gestión de los servicios públicos, o de la asunción directa de estos por parte de una Administración.

Sencillamente, los procesos de subrogación no resultan equivalentes a los procesos de contratación de nuevo personal que puedan referenciarse a una estructura de plantilla dada, sobre la que poder calcular una tasa de reposición de efectivos. La subrogación no constituye nueva contratación sino cumplimiento estricto de la ley laboral y de las directivas comunitarias que pretenden mantener la estabilidad en el empleo, lo que a nuestro parecer no puede ser impedido por una norma de derecho público que ha de ceder excepcionalmente en determinados casos y sectores, en los que además se procura una opción por una forma de gestión que estructuralmente ha de presentarse como más sostenible y eficiente⁴⁰.

De ahí que resulte de imprescindible cita la STS de 3 de febrero de 2015, ROJ: STS 979/2015, donde se advierte que la norma presupuestaria que condiciona las nuevas contrataciones debe ser interpretada restrictivamente, por dos razones: primero, por su carácter excepcional, pues contradice la regla general del artículo 70 EBEP, sobre la oferta anual de empleo público; y segundo, porque en su aplicación resulta ser una norma restrictiva de derechos reconocidos por la norma laboral y por las directivas comunitarias⁴¹.

Los argumentos vertidos hasta el momento nos deberían llevar rápidamente a las conclusiones siguientes:

40. Véase al respecto la STS de 18 de diciembre de 2012, ROJ: STS 9186/2012, y la SAN de 10 de febrero de 2016, ROJ: SAN 251/2016, en las que se señala expresamente que las normas de derecho público que pretenden impedir nuevas contrataciones de personal laboral no pueden ser un impedimento para la aplicación de las normas laborales que prevén la conversión de contratos temporales en indefinidos no fijos, como una consecuencia de la aplicación de los límites a la duración del contrato por obra o servicio determinado o al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas, lo que *mutatis mutandis* puede extenderse a los procesos de subrogación laboral ordenados por el artículo 44 ET.

41. STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de octubre de 2015, ROJ: STSJ AND 11967/2015.

- a) La primera es que la oferta pública de empleo no debe ser un obstáculo añadido a los procesos de reorganización de las formas y los modos de gestión de los servicios públicos. Como se puede ver a tenor de las disposiciones adicionales decimoquinta y decimosexta de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, los trasvases de personal fijo e indefinido entre personas jurídicas públicas y privadas del sector público se consideran una excepción a las limitaciones que se pudieran imponer a la contratación de nuevo personal. Precisamente, lo que esta exclusión significa es que las operaciones de transformación, fusión, disolución y extinción de organismos, entidades, sociedades y fundaciones públicas, que automáticamente presuponen la subrogación de todas las relaciones jurídicas preexistentes, comportan implícitamente una adaptación forzosa de la organización y de sus medios personales, que en buena lógica deberán integrarse legalmente en la correspondiente Administración, organismo, entidad, sociedad o fundación pública a través de un proceso de acomodación de estructuras, en el que no pueden ser un obstáculo las limitaciones establecidas por las leyes presupuestarias al acceso del personal de nuevo ingreso, cuya posición hay que considerar de forma distinta por el hecho de no haber mantenido en ningún momento una relación directa o indirecta con el servicio público. Limitar esta excepción a las formas de gestión directa propias del sector público es obviar que las estructuras públicas pueden funcionar a través de formas de descentralización directa e indirecta, mediante vínculos empresariales de naturaleza contractual que constituyen verdaderos modos de gestión de los servicios públicos.
- b) La segunda conclusión a tener en cuenta es que la legislación presupuestaria limita las nuevas contrataciones laborales, siempre que cuestionen efectivamente el objetivo de contención o reducción del déficit público, pero dicha prohibición no es absoluta y se puede excepcionar siempre que la operación pretendida no contradiga este designio último, de manera que la normativa legal no puede interpretarse de modo abstracto y lineal, al margen de cada situación real. De hecho, las restricciones establecidas a través de la oferta pública de empleo se pueden exceptuar, con carácter excepcional, para cubrir necesidades urgentes e inaplazables; una consideración de tipo cualitativo que puede cubrir la singularidad misma que representa la recuperación de un servicio público, y la necesidad de atender a su permanencia y continuidad.

- c) La tercera y última de nuestras conclusiones en esta materia es que las Administraciones y sus entidades dependientes están vinculadas por la ley y el derecho, lo que supone que una Administración, un organismo o entidad, o una sociedad pública, han de respetar y cumplir en su condición de empresarios los requisitos y condiciones que derivan de las leyes laborales y de las directivas comunitarias en materia de transmisión de empresas, sin que pueda constituir un obstáculo o una excusa absoluta a nivel laboral la obligación última de cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria, proclamado en el artículo 135 CE, cuando entra en contradicción con el principio de estabilidad en el empleo derivado de la plena ocupación, también previsto en el artículo 40 CE.

En otro orden de consideraciones, conviene advertir que posiblemente el obstáculo más formidable a la subrogación del personal de una empresa adjudicataria a un ente del sector público habrá de ser el principio de igualdad y mérito, que pauta el acceso al empleo público. Dicho principio se desprende directamente de la conjunción de los artículos 23.2 y 103.3 CE. El artículo 55 EBEP lo configura como un derecho de acceso a todo el universo jurídico de las clases de personal que se configuran como empleados públicos. Al mismo tiempo, la disposición adicional primera EBEP extiende la aplicación del principio contenido en el artículo 55 EBEP a las entidades del sector público estatal, autonómico o local, con independencia de que su régimen jurídico se ajuste al derecho público o al privado.

No estará de más subrayar que el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad que se contiene primariamente en el artículo 23.2 CE, se identifica con la cobertura de plazas de los cuerpos y escalas de funcionarios, pero no con las correspondientes a los diferentes grupos de personal laboral. De hecho, las SSTC 281/1993, de 27 de septiembre, 34/1995, de 6 de febrero, y 132/2005, de 23 de mayo, advierten que el artículo 23.2 CE, como derecho fundamental, solo resulta aplicable al acceso a la función pública con exclusión de los contratos laborales propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Cuestión distinta es que dicho derecho se haya extendido por imperativo del artículo 55 y de la disposición adicional primera EBEP a todo el personal del sector público.

Lo que sí es evidente es que la cuestión apuntada nos sitúa ante dos distintos sectores del ordenamiento jurídico, que obedecen a principios inspiradores distintos y contradictorios entre sí. De hecho, el ordenamiento jurídico laboral tiene presente una determinada utilidad social como puede ser la permanencia y la estabilidad en el empleo, y en cambio el ordenamiento administrativo pretende garantizar el interés general en base a la defensa de

la igualdad y el mérito en el acceso al empleo público, lo que redundará siempre en el principio de eficacia propio de las organizaciones que tienen encomendadas tareas de servicio público.

Esta contradicción no resulta de fácil solución. De hecho, hoy por hoy parecen resultar posibles hasta tres posiciones distintas. En la primera, se parte de una primacía absoluta del principio de igualdad y mérito en el acceso a los empleos de la Administración, y también en la contratación del personal propia de las entidades del sector público, lo que lleva a considerar la irregularidad del mismo proceso de sucesión, entendiéndose que los trabajadores integrados directamente a través del mecanismo de la subrogación se acabarían situando en una posición que les permitiría un acceso ilícito al empleo público, de manera que, al no haberse cumplido con las normas que regulan el acceso a las funciones públicas, se produciría de hecho la nulidad radical de unas relaciones contractuales de carácter privado que por naturaleza no podrían existir de una forma autónoma en un entorno público, hasta el punto de que, en casos verdaderamente extremos, se ha venido a decir que existe un fraude legal en la utilización del amparo que proporciona el artículo 44 ET como una mera cobertura para conseguir el resultado último de que dicho precepto pueda actuar como una “puerta falsa” que permita el acceso al empleo público al margen de los principios de igualdad y mérito⁴².

La cuestión no se plantea única y exclusivamente con el derecho de acceso. En la medida en que se puede producir el acceso de personal privado al empleo público de una forma subrepticia, la integración de personal a través de un proceso de subrogación puede afectar a los derechos de promoción y carrera de los funcionarios y del personal laboral de un organismo público, lo que puede implicar una reacción de los mismos que cuestione una operación de sucesión que objetivamente les perjudica, con lo que las intervenciones subrogatorias que derivan en una integración directa de personal en las plantillas públicas no solo tienen repercusión en el derecho de los ciudadanos al acceso en condiciones de igualdad a un empleo público, sino que también perjudican a los que ya han accedido al empleo público y tienen un derecho a mantenerse en su situación sin perturbaciones ilegítimas, deducido del artículo 14 EBEP, lo que se convierte en una razón más para oponerse a los procesos de subrogación de personal provenientes de formas jurídicas de derecho privado que han gestionado servicios públicos⁴³.

42. Véase al respecto el supuesto relatado en la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2013, ROJ: STSJ CLM 3501/2013.

43. STSJ de Andalucía, Granada, de 2 de noviembre de 2011, ROJ: STSJ AND 9371/2011. En la misma dirección, la STSJ de Galicia de 8 de junio de 2016, ROJ: STSJ GAL 4349/2016.

En la segunda de las opciones planteadas, la contradicción se resuelve extendiendo la calificación de personal indefinido no fijo al personal subrogado procedente de una forma empresarial que haya resultado gestora de unos servicios públicos transmitidos a una forma pública. Esta controvertida figura resulta ser una creación jurisprudencial que aparece plenamente consolidada a partir de la STS de 20 de enero de 1998, ROJ: STS 234/1998, donde se puso de manifiesto el problema de la contratación laboral temporal irregular de las Administraciones Públicas, que plantea una evidente contradicción entre el ordenamiento laboral que defiende la estabilidad en el empleo frente a actuaciones que, prevaleciendo de una posición de debilidad del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada, y el ordenamiento administrativo, que 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. A partir de aquí se detecta la existencia de una colisión entre dos intereses contrapuestos: en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social; en el segundo estamos ante un interés público de relevancia constitucional. Para resolver la contradicción planteada se acude a la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en la plantilla. De esta manera la naturaleza indefinida del contrato implica desde una perspectiva temporal que este no está sometido directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide sin superar los procedimientos de selección una condición de fijeza en la plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal público. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo, y producida esa provisión existirá una causa lícita para la extinción del contrato.

De hecho, la denominada relación laboral indefinida no fija parece haberse incorporado al ordenamiento jurídico del empleo público con la aprobación del EBEP. El artículo 8 EBEP, referido al concepto y a las clases de empleados públicos, considera el tipo siguiente: “Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal”, refiriéndose luego el artículo 11.1 EBEP a la duración del contrato, que: “podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”. Pero como se sabe esta referencia a los indefinidos no tiene como finalidad última un reconocimiento expreso de esta figura, al modo de un tercer género entre fijos y temporales, sino que resulta ser una enmienda

introducida en el texto original por el grupo de senadores nacionalistas vascos, con la única finalidad de que el profesorado de religión estuviera recogido en este precepto. La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica, no son temporales pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección de carácter público. Ello no obsta para que una doctrina minoritaria pueda llegar a afirmar que, con independencia de su origen, la figura del trabajador indefinido no fijo obtiene un cierto grado de consolidación legal en el empleo público, con lo que se permitiría su consideración autónoma por las Administraciones Públicas⁴⁴.

En todo caso, las normas introducidas en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, sobre la duración del contrato por obra o servicio determinado y el encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas, van a suponer, sin duda, un reconocimiento indirecto del tipo descrito con el concepto indefinido no fijo, al establecer en el ámbito de las Administraciones Públicas que, en caso de incumplimiento de los límites máximos del contrato por obra o servicio, o del límite al encadenamiento de contratos temporales, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por un procedimiento ordinario fundamentado en el principio de igualdad y mérito, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda al empleo público superando el correspondiente proceso selectivo.

44. Lo que parece insinuarse en una serie de opiniones doctrinales citadas por ARUFE VARELA, Alberto, “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 40, 2015, pp. 99-102. Radicalmente en contra de esta posición, SELMA PENALVA, Alejandra, “El trabajador ‘indefinido no fijo’ en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura”, *Relaciones laborales*, n.º 11, 2014, pp. 79-82, que nos recuerda que la figura es una creación estricta de la jurisprudencia social, a la que no puede recurrir la Administración Pública como una modalidad o un tipo contractual más que pueda formar y actuar a su libre conveniencia. Una polémica que debería cesar a la luz de la doctrina establecida en la STS de 22 de julio de 2013, ROJ: STS 5057/2013, donde se señala que: “1.º) no ha desaparecido la figura del indefinido no fijo para transformarse en indefinido sin más; 2.º) el indefinido no fijo sigue caracterizándose por ser consecuencia de una declaración derivada de irregularidades producidas en una previa contratación temporal y sigue cesando por cobertura de la vacante; 3.º) las Administraciones Públicas no pueden contratar directamente trabajadores indefinidos, salvo en el caso de los profesores de religión; 4.º) los trabajadores contratados a través de los sistemas legales de selección son trabajadores fijos (art. 61.7 EBEP)”. Precisamente el voto particular del magistrado Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá, al que se adhieren cuatro magistrados más, considera de utilidad la expresión “por tiempo indefinido” añadida al EBEP, expresión que, a su entender, “no encuentra el límite de la dimensión del colectivo al que se quiso referir”.

La referencia resulta de interés, porque la aplicación práctica de la figura del indefinido no fijo no se limita a un trabajador de un organismo público que haya adquirido tal condición como consecuencia de una reclamación judicial, efectuada en virtud de la concatenación de sucesivos contratos temporales durante un plazo superior a 24 meses dentro de un período de 30 meses (en cuyo caso, el artículo 15.5 ET prevé su conversión en contrato indefinido), o a la prolongación de un contrato para obra o servicio determinado durante más de tres años (artículo 15.1.a ET), sino que se extiende también a la apreciación de fraude de ley en la causa temporal que aparentemente inspira la celebración del contrato, a la prestación laboral de servicios encubierta bajo la forma de un falso trabajador autónomo, o a las situaciones en las que un ente público haya participado en un fenómeno de cesión ilegal de trabajadores como receptor de mano de obra⁴⁵.

Pues bien, la figura del indefinido no fijo se quiere utilizar aquí como una vía concreta para proceder a la integración, en las plantillas públicas, del personal subrogado procedente de una sucesión empresarial, derivada de un proceso de recuperación de un servicio público por una forma pública de gestión. Más concretamente, en los supuestos que conocemos, es la negativa a la subrogación de efectivos procedentes de una forma privada de gestión la que se hace equivalente a un despido que, declarado improcedente, puede llegar a generar el derecho al ingreso en una plantilla pública, con la condición de trabajador indefinido no fijo⁴⁶.

La solución así planteada ha sido cuestionada por nuestra mejor doctrina, advirtiendo de que la figura del indefinido no fijo parece actuar como un verdadero cajón de sastre, al que van a parar todos aquellos supuestos en que se produce un conflicto entre las previsiones del derecho laboral y los principios de acceso al empleo público, subrayando al respecto que: “ni todos los supuestos son idénticos ni tampoco las causas por las que se producen son iguales”⁴⁷.

45. Seguimos en estas líneas el trabajo de SELMA PENALVA, Alejandra, “El trabajador ‘indefinido no fijo’...”, ob. cit., pp. 77-78.

46. SSTSJ de Castilla-La Mancha de 1 de junio de 2010, ROJ: STSJ CL 2004/2010; de Islas Canarias, Las Palmas, de 2 de junio de 2010, JUR/2010/418284; de Islas Canarias, Tenerife, de 22 de diciembre de 2014, ROJ: STSJ ICAN 4316/2014; y de Murcia de 15 de febrero de 2016, ROJ: STSJ MU 247/2016. Con muchas más dudas, la SAN de 29 de octubre de 2013, ROJ: SAN 4545/2013, donde se acaba optando por esta solución, advirtiendo que, en supuestos concretos en los que no existe una solución predeterminada, se trata de procurar de una forma razonable la conciliación entre lo que está determinado por el EBEP y lo que está establecido en el ET.

47. Al respecto, las acertadas afirmaciones de CASTILLO BLANCO, Federico, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, pp. 93-94, donde

Lo cierto es que la opción por la conversión del personal laboral sucedido en personal “indefinido no fijo” parece plantear una serie de inconvenientes e interrogantes, como pueden ser los siguientes:

- a) La figura del “indefinido no fijo” es una respuesta judicial a la irregularidad que suele presentar la contratación temporal de las Administraciones Públicas, que, pese a su ilicitud, no podía determinar la adquisición de fijeza por el trabajador afectado, mientras que la subrogación del personal procedente de una sucesión empresarial, derivada de un cambio en el modo de gestión, resulta ser un cumplimiento estricto de las normas laborales y de la Directiva comunitaria, al que no puede anudarse un determinado efecto sanción que tenga como objeto prevenir un comportamiento fraudulento que sencillamente no existe.
- b) La sucesión empresarial es subrogación subjetiva pero no es novación objetiva. Tal como nos advierte la jurisprudencia, la subrogación solo supone para el subrogado la asunción o transferencia de la relación objeto de la misma, pero no la transformación de su relación para convertirla en otra de naturaleza distinta⁴⁸. Ello quiere decir que la transformación de una relación indefinida y fija en una relación indefinida no fija induce un cambio en la naturaleza jurídica del contrato, que objetivamente afecta al mantenimiento del vínculo anterior, lo que conlleva un incumplimiento del mandato establecido en el artículo 44 ET, que no es otra cosa que un desarrollo del artículo 1.1 de la Directiva 2001/23/CE. Como hemos visto, tal Directiva resulta de aplicación a las Administraciones Públicas, y exige el respeto de las relaciones laborales existentes en el momento del traspaso y el mantenimiento de las correspondientes condiciones de trabajo, de manera que, en el conflicto planteado entre una ley nacional que establece el sistema de mérito como procedimiento de acceso al empleo, y una Directiva comunitaria que propugna la conservación de los contratos de trabajo preexistentes en su propia naturaleza, ha de prevalecer esta, dado que el derecho europeo prima sobre el derecho interno⁴⁹.

se advierte que: “La contradicción entre las normas administrativas y laborales a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, y que se ha resuelto mediante una interpretación integradora de ambas con la creación del denominado ‘indefinido no fijo’, no puede resolverse de forma idéntica en todas las circunstancias”.

48. STS de 25 de septiembre de 2012, ROJ: STS 6655/2012.

49. El argumento, suficientemente respaldado por citas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en SALA FRANCO, Tomás, “El acceso al empleo público

- c) No existe una figura de contratación “indefinida no fija” como modalidad propia a la que pueda recurrir la Administración Pública según su conveniencia. La figura del trabajador “indefinido no fijo” es de estricta creación y aplicación jurisprudencial, sin que quepa la concertación inicial, ni la transformación automática en la citada categoría por mera voluntad de la entidad contratante, ni su posible reconocimiento en base a una decisión administrativa tomada a petición de parte o en vía de recurso, sin contar con una resolución judicial al respecto⁵⁰.
- d) Resulta determinante para que pueda aparecer la figura del trabajador indefinido no fijo que el trabajo en cuestión pueda ser considerado un empleo público al que resulten de aplicación los principios de igualdad y mérito. El planteamiento en cuestión parece crear una zona de fricción, en la que se cuestiona si es posible el tipo de contratación indefinida no fija en una sociedad mercantil perteneciente al sector público. Aquí se afirma que la naturaleza jurídica de la relación laboral “indefinida no fija” trae causa de la naturaleza pública de la empleadora, siendo del todo insostenible cuando los trabajadores pasan a prestar servicios para una empresa privada, con lo que no cabe contemplar un vínculo contractual de aquellas particularísimas características⁵¹.

laboral”, en ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, y RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel (coords.), *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 30-31.

50. La STSJ de Islas Canarias, Tenerife, de 4 de febrero de 2014, ROJ: STSJ ICAN 468/2014, advierte que las Administraciones Públicas no pueden proceder a reconocer al personal laboral el carácter de indefinido al margen de un proceso judicial.

51. La STS de 18 de septiembre de 2014, ROJ: STS 4290/2014, nos dirá que: “El personal laboral de una sociedad mercantil está excluido de la aplicación del EBEP, por cuanto el ámbito del mismo se ciñe al personal de las Administraciones Públicas, [...]. En consecuencia, se hace difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como ‘indefinidos no fijos’, siendo esta una calificación creada jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad. La justificación de la figura del trabajador ‘indefinido no fijo’ se halla, como se pone de relieve en la sentencia recurrida y resulta ampliamente conocido y reiterado en la doctrina judicial, en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública, elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones entre privados”. Un planteamiento que a primera vista parece cuestionable, ya que la disposición adicional primera EBEP nos dice que: “Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”. Por tanto, si bien es cierto que los trabajadores de una sociedad pública no son empleados públicos, también lo es que, en la medida en que dicha sociedad, de acuerdo con el criterio de participación

De ahí que haya surgido una tercera opción como es la del llamado “personal subrogado”⁵², en base a una jurisprudencia originada en los problemas suscitados por la transformación del régimen jurídico del sujeto que actúa como empleador, principalmente sujetos del sector público con personalidad jurídica privada que se convierten en sujetos públicos en sentido estricto.

Dicha opción se fundamenta y estructura sobre las premisas siguientes:

- a) El necesario respeto al ejercicio de una potestad de organización que se detenta por las Administraciones territoriales para reordenar las formas de gestión, cuando así lo aconsejan o demandan las cambiantes circunstancias de su actividad, para una mejor organización de las estructuras que resulten necesarias para el ejercicio de derechos o el cumplimiento de deberes de los individuos en sociedad, o de los servicios públicos establecidos con ese fin, ya que sostener lo contrario equivaldría a petrificar la organización de las entidades existentes, condenándolas a una inamovilidad que las alejaría de la realidad social e impediría su perfeccionamiento⁵³.
- b) El simple recordatorio de que la subrogación del nuevo empleador en la situación jurídica que ostentaba el anterior en los correspondientes contratos de trabajo no es una innovación normativa, sino simple aplicación objetiva de la regulación de la sucesión de empresas contenida en la normativa laboral general, más concretamente en el artículo 44 ET, que resulta ser una transposición de la Directiva 2001/23/CE, una regulación claramente dirigida a favorecer la estabilidad laboral, que no se considera alejada del designio de pleno empleo que incorpora el artículo 40.1 CE como principio rector de la política social.

mayoritaria o de influencia dominante, pertenezca al sector público, le resultarán de aplicación los principios de igualdad, mérito y capacidad contenidos en el artículo 55 EBEP, que pautarán el acceso a sus relaciones de empleo.

52. Tomamos la denominación de SOTO RIOJA, Sebastián DE, “Sucesión de empresas y de contratos: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional”, en CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 619.

53. Conviene traer aquí la reflexión que nos señala que las mutaciones en la naturaleza jurídica del ente que actúa como empleador provienen de decisiones que se ajustan al derecho público, en cambio sus consecuencias sobre el personal forman parte de un híbrido en el que se aplican de forma indistinta normas de derecho privado y de derecho público, tal como se dice en TISSANDIER, Hélène, “La mutation de la nature de l’employeur: quel avenir pour les agents / salariés?”, en TOUZEIL-DIVINA, Mathieu & SWEENEY, Morgan (dirs.), *Droits du travail & des fonctions publiques: Unité(s) du Droit?*, Editions L’Epitoge, Le Mans, 2012, p. 54.

- c) La aclaración de que la integración del personal subrogado no es propiamente un acceso al empleo público, al que solo se podrá pasar si se superan los correspondientes procesos selectivos fundamentados en el principio de igualdad y mérito, con lo que a través del proceso de subrogación no se da la adquisición de la condición de empleado público, aunque se acabe admitiendo que dicho personal no deja de ser un trabajador de una determinada entidad u organismo público.
- d) La consideración de que la integración de este tipo de personal no puede ser considerada gratuita, arbitraria o injustificadamente discriminatoria, porque se pretende cohonestar la nueva configuración de las formas gestoras con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en entidades o empresas sujetas al derecho privado, en el bien entendido de que dicha integración no supone ningún plus adicional al estatuto laboral que antes poseía el personal integrado, que queda circunscrito al organismo que se configura como sucesor de la actividad, sin que se permita su acceso por vías excepcionales al empleo público de un determinado organismo o entidad.
- e) Dicha integración no se considera contraria al derecho reconocido por el artículo 23.2 CE, en su vertiente de acceso a la función pública, pues no afecta a los que ya son funcionarios de carrera o personal laboral de la correspondiente Administración, y tampoco significa, por lo ya dicho, una desigualdad de trato que, por carecer de justificación razonable, merezca la calificación de discriminatoria respecto de los empleados de esas entidades que sean funcionarios interinos o personal laboral temporal⁵⁴.
- f) En todo caso, la sucesión planteada no ha de implicar una actuación dirigida a sustraer, a funcionarios o al personal laboral de una Administración o de sus entes públicos preexistentes, puestos de trabajo determinados a cuya provisión habrían podido aspirar o posibilidades de carrera, que a todos los efectos se consideran simples expectativas que no han sido objeto de la determinación debida, con lo que no se produce ninguna lesión concreta y actual de su derecho a la promoción profesional, sino, en todo caso, eventual y futura^{55 56}.

54. SAN de 13 de octubre de 2013, ROJ: SAN 4545/2013.

55. La opción planteada se suscita en torno a la discusión jurídica inducida por la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Anda-

(Nota 56 en página siguiente)

lucía. Esta Ley determinaba el régimen de integración del personal que se podía ver afectado por los procesos de reordenación de estructuras diseñados para el sector público de Andalucía. Aquí es preciso subrayar que se preveía la confluencia en las mismas entidades instrumentales de personal procedente de entidades públicas regidas por el derecho administrativo, y de personal procedente de sociedades mercantiles de capital público. Con esta integración se conseguía el acceso directo al empleo de unas entidades instrumentales públicas de personal contratado por sociedades privadas a través de la técnica de sucesión de empresas, un personal del que se dudaba hubiera accedido a su puesto a través de un proceso selectivo fundamentado en el principio de igualdad y mérito. De hecho, la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, decía lo siguiente: “El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público”. Pues bien, estos procesos de integración se discutieron por diferentes asociaciones de funcionarios públicos, que plantearon que los decretos y protocolos de integración aprobados por la Junta de Andalucía suponían un ejercicio ilegal de funciones públicas por personas que no habían accedido al empleo público por los sistemas legalmente establecidos, una vulneración del derecho a la igualdad de los ciudadanos en el acceso a funciones públicas y una postergación del personal de carrera, que habiendo accedido al empleo público en base a procedimientos fundamentados en el principio de igualdad y mérito, veían disminuidos sus derechos a la carrera profesional y a la provisión de puestos por la entrada de personas terceras ajenas al empleo público, lo que se consideraba una perturbación ilegítima en el ejercicio del derecho al cargo, con vulneración del derecho a ejercer funciones públicas en condiciones de igualdad. Esta línea argumental fue acogida en un primer momento por algunos pronunciamientos, de los que pueden ser una buena muestra las SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de noviembre de 2011, ROJ: STSJ AND 9371/2011, y de 29 de octubre de 2012, ROJ: STSJ AND 9369/2012, en las cuales se recalca el carácter excepcional y singular de los sistemas de integración de personal en el empleo público que no fueran de libre acceso, sistemas que además habían de estar autorizados expresamente por una ley básica del Estado, con lo que la subrogación directa de personal de las extintas sociedades mercantiles que se planteaba, acababa suponiendo que pasaran a integrarse en las plantillas de los distintos servicios personas concretas sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público. La línea que hemos expuesto más arriba se puede reconstruir a través de una lectura atenta de las SSTS de 21 de enero de 2013, ROJ: STS 483/2013, de 25 de marzo de 2013, RJ/2013/3225, de 16 de septiembre de 2013, RJ/2013/7165, de 27 de enero de 2014, ROJ: STS 395/2014, de 26 de marzo de 2014, ROJ: STS 1145/2014, de 9 de abril de 2014, ROJ: STS 1502/2014, y de 16 de febrero de 2016, ROJ: STS 17 de febrero, ROJ: STS 714/2016. A tener en cuenta la STC 236/2015, de 19 de noviembre, que acaba pasando de puntillas sobre este proceso de integración con el argumento de que la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, no se pronuncia sobre los procedimientos y los criterios concretos de integración, que han de ser precisados a través de protocolos, advirtiendo que: “si en la configuración final del procedimiento de integración o en su aplicación se tomaran en consideración circunstancias incompatibles con los principios de mérito y capacidad o se produjeran acepciones o pretericiones *ad personam* o cualquier otra quiebra relevante que lleve a la preterición de un aspirante, tales irregularidades podrán ser denunciadas por quien se sienta afectado, llegado el caso recabando el amparo de este Tribunal”.

56. Cuando el ente sucesor es una sociedad mercantil de capital público, las tesis expuestas se plantean con mucha más pulcritud, tal como se puede ver en la STSJ de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014, donde se dice que: a) La disposición adicional primera EBEP, no ha de impedir la aplicación del artículo 44 ET, porque lo que se regula en esta disposición son los principios rectores de acceso al empleo público y la subrogación

El planteamiento expuesto presupone un delicado y difícil equilibrio entre el necesario cumplimiento de las normas laborales y las directivas comunitarias, que pautan la transmisión de unidades productivas, y los principios de derecho público, que regulan el acceso a la función pública en condiciones de igualdad y mérito⁵⁷. En cierta manera lo que se está proponiendo como pauta de coordinación es la permanencia de una unidad institucional ubicada en un entorno de derecho privado, propia del sucedido, y la transferencia de este complejo al ordenamiento jurídico del sucesor, con la intención última de mantener la estabilidad en el empleo, y de no desprenderse de elementos estructurales que puedan considerarse socialmente útiles e idóneos para la persecución de finalidades públicas.

De hecho, el fenómeno de la sucesión aplicable al campo de las personas jurídicas, especialmente en el sector público, revela características típicas y peculiares, verificándose a través del mismo el ingreso de un núcleo productivo o de una unidad institucional en un ordenamiento jurídico diverso al que pertenecía. De ahí que el traspaso consiguiente de las estructuras organizativas y de los medios humanos y materiales del ente sucedido comporte incorporar y conservar, durante un determinado tiempo y en cierto sentido, sectores del ordenamiento jurídico propios del ente o empresa anterior al sucesor⁵⁸.

no presupone dicho acceso, al quedar limitada la contratación del personal subrogado al estricto ámbito de la entidad sucesora; b) la condición de este personal será la de “personal laboral propio de la empresa”, sin que pueda adquirir la condición de empleado público; c) la disposición adicional primera EBEP y su remisión al artículo 55 EBEP, se ha de interpretar en el sentido de que las sociedades mercantiles de titularidad pública han de reclutar su personal mediante procesos selectivos que garanticen los principios constitucionales de igualdad y mérito, pero esto no ha de impedir que cuando estas sociedades pasen a prestar un servicio que venía siendo atendido por una entidad privada y se subroguen en su personal, queden exoneradas de las obligaciones que impone el artículo 44 ET; d) en consecuencia, la subrogación se produce con los mismos derechos que ostentaban en la anterior empresa y, por tanto, con la condición de trabajadores “fijos de plantilla”, sin que pueda transformarse su contrato en otro sometido a la condición resolutoria de que el puesto de trabajo correspondiente sea cubierto por ulteriores procesos selectivos; de hecho, este pronunciamiento recalca que esta novación contractual no está prevista en ninguna norma de derecho público, y no está justificada por el hecho de que las sociedades mercantiles de titularidad pública hayan de reclutar su personal mediante procesos selectivos que garanticen los principios de igualdad y mérito, porque la sociedad subrogada no procede a contratar personal, sino a subrogarse en la posición del anterior empresario por mandato expreso del artículo 44 ET.

57. De ahí que resulte perfectamente comprensible la demanda de regulación expresa de los supuestos de externalización e internalización de servicios públicos en los aspectos relacionados con el personal, que se plantean como un problema de política legislativa en CASTILLO BLANCO, Federico, “Remunicipalización de servicios locales...”, ob. cit., pp. 94-95.

58. Véase al respecto la reflexión de VIGNOCCHI, Gustavo, *La successione tra enti pubblici*, Giuffrè Editor, Milán, 1956, pp. 31-50.

Esto explica la subrogación del personal laboral manteniendo los vínculos contractuales preexistentes, que deviene obligada por imperativo de la aplicación del artículo 44 ET y, sobre todo, por efecto directo de la Directiva comunitaria. Esto explica también que tal subrogación no presuponga una integración en el empleo público, integración que solo puede producirse a través de un proceso de selección en base a los principios de mérito y capacidad. De ahí que no resulte posible la atribución a dicho personal de la condición de empleado público, lo que en la práctica presupone la aparición de una segmentación específica de personal, como puede ser la de personal subrogado o personal procedente de una obligada subrogación por aplicación del artículo 44 ET, un personal que deviene el fruto de una operación que, recordémoslo, no puede ser calificada de ilegal, gratuita o discriminatoria a partir de los datos existentes.

Lógicamente a partir de aquí los problemas se reducen a dos cuestiones esenciales: la primera, cómo se va a producir la asimilación del personal al ordenamiento jurídico del ente sucesor, y la segunda, si la subrogación es en sí misma un punto de llegada o una situación que deba considerarse como un verdadero punto de partida.

La integración del personal en un entorno de derecho público a nuestro entender debería tener en cuenta las observaciones siguientes:

- a) El artículo 44 ET demanda la conservación de la relación laboral preexistente, con lo que se entiende que el personal subrogado mantiene una especial vinculación con su propio tipo de contrato y con su puesto de trabajo, que puede figurar en un anexo de la plantilla presupuestaria y de la relación de puestos de trabajo⁵⁹.
- b) Dichas plazas y puestos, que por sus especiales características no van a poder integrarse en los instrumentos de ordenación del personal preexistentes, deben continuar existiendo en la condición de “a extinguir” hasta su amortización con ocasión de vacante⁶⁰.
- c) A este tipo de personal no se le pueden reconocer aquellos derechos y expectativas laborales que queden estrictamente vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial procedimiento de acceso en

59. SSTSJ de Andalucía, Granada, de 15 de julio de 2013, ROJ: STSJ AND 9136/2913, y de 14 de abril de 2014, ROJ: STSJ AND 3931/2014. De “situación individualizada” de algunas plazas y puestos de trabajo se habla en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de marzo de 2011, JUR/2011/270576.

60. De hecho, la STS de 6 de octubre de 2015, ROJ: STS 4840/2015, nos dirá que los trabajadores de nueva contratación no han de verse afectados por el sistema de derechos y obligaciones de los trabajadores sucedidos y por sus particulares marcos convencionales, rigiendo a todos los efectos las condiciones de trabajo existentes en la empresa absorbente antes o después del proceso de sucesión.

condiciones de igualdad y mérito al empleo público, lo que implica que su horizonte de carrera, provisión de puestos y movilidad ha de quedar circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida, y a la estructura de puestos de trabajo en la que se desarrollaban sus funciones en la situación anterior.

- d) El personal subrogado mantiene los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social que pudieran existir en el momento de la integración, es decir, los que en ese momento se hubieren consolidado y adquirido, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras⁶¹.
- e) Los trabajadores transferidos conservan las condiciones más beneficiosas que hayan podido adquirir por una voluntad inequívoca del empresario anterior y que resulten incorporadas al correspondiente nexo contractual, en el bien entendido de que una eventual colisión entre condiciones más beneficiosas y normas derivadas de la regulación del empleo público no resulta suficiente para eliminar el juego de las instituciones laborales que consagran el mantenimiento de los derechos contractuales pre-existentes⁶².

En cualquier caso, conviene recordar que el artículo 44.4 ET previene que: “Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuera de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida”. De hecho, dicho precepto transpone el artículo 1.3 de la Directiva 2001/23 CE, donde se dispone que: “después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismo términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio”.

Por tanto, la normativa nacional y la comunitaria recogen una regla general, un límite temporal y una excepción que respetar en el momento de la transmisión, formulados de la manera siguiente:

61. STS de 27 de octubre de 2005, RJ/2005/9933; más explícitamente la STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2010, AS/2010/2676. Para una actualización de esta doctrina, las SSTS de 12 de abril de 2011, ROJ: STS 2279/2011, y de 6 de octubre de 2015, ROJ: STS 4840/2015.

62. STS de 3 de febrero de 2016, ROJ: STS 907/2016.

- a) La regla general es que las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión se han de continuar rigiendo por el convenio colectivo que resulte de aplicación en el momento de la transmisión⁶³.
- b) El límite temporal es hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que resulte aplicable a la unidad transmitida. En principio, se trata de dos términos resolutorios de carácter alternativo, de forma que la finalización de la obligación de mantener las condiciones previstas en el convenio se producirá cuando se cumpla cualquiera de ellas^{64 65}.
- c) La excepción es el pacto en contrario que se haya podido establecer una vez se haya consumado la sucesión mediante un acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores⁶⁶.

63. Los instrumentos convencionales que se aplicarán serán los que resulten vigentes en el momento de la transmisión. Aquí es importante destacar que la STSJUE de 9 de marzo de 2008, C-499/2004, ha rechazado la vinculación del empresario sucesor al carácter dinámico de las cláusulas de un convenio colectivo, con lo que no existe la obligación de asimilar o modificar posteriormente las condiciones de trabajo por un nuevo convenio que suceda al anterior o por una adaptación del mismo. En el mismo sentido, la STS de 26 de diciembre de 2013, ROJ: STS 6672/2013.

64. Dada la normativa española sobre ultraactividad de las normas colectivas, aquí resulta de interés la STSJUE de 11 de septiembre de 2014, C-328/2013, en la que se deja entender que las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo mantienen sus efectos sobre las relaciones de trabajo que estaban directamente sometidas a dicho instrumento convencional antes de su denuncia, y por tanto, antes de la pérdida de su eficacia jurídica, siempre que dichas relaciones de trabajo no se sometan a un nuevo convenio colectivo o no se haya llegado a un acuerdo individual con los trabajadores afectados.

65. A tener en cuenta que, como personal diferenciado de naturaleza laboral, nada impide que la entidad pública empleadora de los mismos negocie un convenio específico para ellos, tal como se recuerda en ALFONSO MELLADO, Carlos L., “La reversión a la gestión directa...”, *ob. cit.*, p. 44.

66. En todo caso, el pacto en contrario es un producto de la negociación colectiva que tiene la naturaleza de un acuerdo de empresa, para el que no se ha previsto un procedimiento específico de negociación. De hecho, sus posibles finalidades marcan los límites de sus contenidos, ya que su función no es regular condiciones de trabajo, sino clarificar las existentes a través de medidas provisionales que permitan la integración. Por tanto, se admite que dicho pacto pueda facilitar la sustitución de forma definitiva del convenio de la unidad transmitida por el existente en la unidad de recepción, pero de la misma forma también se admite que se pueda acordar su mantenimiento indefinido, tal como se puede ver en la STS de 31 de marzo de 2015, ROJ: STS 2621/2011. De ahí que pueda afirmarse que este tipo de pacto resulta ser fundamentalmente un acuerdo de fijación que tiene como finalidad aportar seguridad jurídica al proceso de sucesión, sin que en ningún caso pueda alterar o modificar a peor las condiciones de trabajo existentes en la unidad objeto de transmisión, tal como se dice en la STS de 9 de marzo de 2015, ROJ: STS 1436/2015.

En todo caso, la continuidad del marco convencional anterior es únicamente aplicable a los trabajadores afectados por el traspaso, pero no tiene ninguna consecuencia sobre el personal laboral o funcionario que pueda existir en el organismo receptor. De ahí que pueda darse perfectamente una situación de pluralidad de marcos convencionales en una misma unidad institucional con ámbitos propios de aplicación, lo que sin duda impide su colisión. La posible coexistencia de diferentes regímenes jurídicos para los trabajadores de una misma entidad, según hayan sido subrogados o contratados directamente, no presupone una vulneración del principio de igualdad. De hecho, la única obligación que se deriva del artículo 44 ET es la de garantizar a los trabajadores subrogados la conservación, en su integridad, de las condiciones laborales derivadas del convenio anterior, sin que exista ningún precepto que demande que después de una sucesión los derechos de los trabajadores integrados se hayan de extender a los derechos que puedan detentar los trabajadores del organismo sucesor⁶⁷.

La subrogación del personal de la unidad institucional gestora de un determinado servicio público es un punto de llegada en la aplicación del ordenamiento laboral, y un necesario punto de partida para la aplicación del ordenamiento administrativo que pauta las relaciones laborales propias de los entornos públicos. A mi juicio, la Administración tiene la obligación de ajustar sus relaciones laborales a los tipos establecidos en el sistema de empleo público, y de procurar el acceso a los mismos a través de los principios de igualdad y mérito, aunque se pueda tener en cuenta y respetar la antigüedad del personal laboral que haya sido sucedido. Ello exige la incorporación de las correspondientes plazas a las ofertas públicas pertinentes, y la celebración de las convocatorias de las que vendrán a sustituir a las ocupadas por los trabajadores sucedidos, que tendrán de esta manera la posibilidad de consolidar su posición como empleados públicos. Ello presupone también que, en caso de no superación de estos procesos por el trabajador subrogado, se proceda a un redimensionamiento de efectivos y a los correspondientes despidos por causas organizativas.

En esta dirección, hay que tener en cuenta las circunstancias siguientes:

- a) Lo que la legislación nacional y la Directiva comunitaria prohíben es que la sucesión por sí misma pueda ser causa de finalización de los contratos o de modificación de las condiciones de trabajo, sin

67. Una doctrina que se mantiene en la STS de 6 de octubre de 2015, ROJ: STS 4840/2015. Al respecto, ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu, “Nuevos problemas interpretativos en torno a la aplicación de la eficacia general y vigencia del convenio colectivo en los casos de sucesión de empresas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 42, 2016, pp. 77-81.

que ello impida al sucesor redimensionar su plantilla cuando dichas medidas se encuentren amparadas en una causa independiente del hecho mismo de la sucesión⁶⁸.

- b) La disposición adicional decimosexta ET prevé el despido por causas organizativas en el sector público y recuerda que tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto⁶⁹.
- c) Los procesos de reestructuración de servicios públicos pueden dar lugar a una causa objetiva de despido que opera en función de las circunstancias acreditadas después de la producción de cada situación, circunstancias organizativas que sirven de soporte a la extinción de los pertinentes contratos de trabajo, para evitar situaciones de duplicidad o redundancia de funciones que pueden darse en la estructura de un determinado organismo público⁷⁰.
- d) En nuestro ordenamiento laboral la revisión del régimen de ingresos, ascensos y cobertura de vacantes puede habilitar una causa de índole técnica y organizativa que permita la adopción de medidas objetivas, resultando una decisión idónea para mejorar la productividad empresarial a través de la adecuación de su capital humano, con lo que la adopción de un modelo de selección basado en un principio de igualdad y mérito, que pretenda mejorar el nivel profesional y la eficacia de un servicio en interés público, legitimaría una causa autónoma de despido o de modificación de condiciones de trabajo⁷¹.

La formulación que se analiza intenta armonizar las posibles soluciones en presencia que no aparecen organizadas en la legislación de referencia. La posible coordinación de los principios que han de ser objeto de conciliación demanda, por un lado, el respeto a las relaciones laborales en que se subroga

68. Tal como se dice en SERRANO OLIVER, Raquel, “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y transmisión de empresa: la extraña pareja”, *IUSLabor*, n.º 2, 2015, p. 8, que cita al efecto la SAN de 9 de julio de 2014, ROJ: SAN 3066/2014.

69. La STS de 23 de mayo de 2014, ROJ: 3404/2014, nos recuerda que no existe igualdad en el momento del despido entre trabajadores contratados sin cubrir las exigencias que la Constitución requiere para el ingreso en el empleo público, como es que el acceso se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad, y los trabajadores que han accedido respetando dichos principios.

70. STS de 28 de enero de 2015, ROJ: STS 997/2015.

71. Especialmente en aquellos procesos de fusión en los que coincide en las mismas estructuras orgánicas personal de diversas procedencias, tal como se puede ver en la SAN de 27 abril de 2014, ROJ: SAN 1406/2016.

la Administración, y, por otro lado, el mantenimiento del principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, de tal manera que, partiendo de la obligada subrogación de personal, se imponga la realización de los correspondientes procedimientos selectivos a los trabajadores que, vinculados con las entidades sucedidas, pretendan su acceso al empleo público, lo que implica acudir a las vías ofrecidas por la legislación para la extinción de la relación de aquellos que no superen las pruebas de aptitud requeridas para tal acceso, pues extinguir de forma sobrevenida por estas razones dichas relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación misma. Sencillamente, la Administración sucesora no puede desentenderse sin más de estos trabajadores o novar sus contratos, pero tampoco puede mantener esa relación laboral indefinidamente sin ajustarse a las reglas del empleo público, o lo que sería peor, permitir su conversión en un extraño tipo de empleo público sin tener en cuenta los principios que guían el proceso de acceso, promoción y carrera en las organizaciones del sector público⁷².

72. Resulta altamente recomendable una lectura atenta de la STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de octubre de 2012, ROJ: STSJ AND 9369/2012, donde se analizan las distintas opciones existentes para una posible coordinación de los bloques normativos en presencia.