

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

La reversión a la gestión directa de un servicio público y sus implicaciones laborales

Francisco RAMOS MORAGUES*

RESUMEN: Durante la crisis económica que ha azotado España desde el año 2008 se ha experimentado un proceso expansivo de los sistemas de colaboración público-privada. Sin embargo, desde el año 2015 ha ido adquiriendo mayor protagonismo la tendencia contraria, generándose una suerte movimiento hacia la reversión o vuelta a la gestión directa de los servicios públicos. El objeto de estudio del presente trabajo se centra en analizar los problemas de índole laboral que está suscitando la recuperación de parte de los servicios públicos externalizados así como las soluciones que están ofreciendo los tribunales de justicia.

Palabras clave: Administración pública, reversión de contratatas, servicios públicos, sucesión de empresas.

SUMARIO: 1. Algunas consideraciones preliminares sobre la externalización y la gestión directa de servicios públicos. 2. Doctrina general en materia de transmisión de empresa: presupuestos, tipología y alcance de la obligación de subrogación. 3. Extensión del régimen jurídico de la transmisión de empresa a los supuestos de reversión del servicio público: criterios jurisprudenciales. 4. La (difícil) traslación de los efectos subrogatorios en el sector público: la integración del personal como empleado público. 4.1. Breve referencia a los principios rectores del acceso al empleo público. 4.2. La reasunción de personal en el ente público a través de la polémica figura del “indefinido pero no fijo”. 5. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

The reversion of public services to direct management and its labor implications

ABSTRACT: During the economic crisis that hit Spain from 2008 to 2014, public-private partnerships experienced a large expansion as a system to manage public services. However, since 2015, the opposite tendency has been gaining importance, generating a kind of movement towards the reversion or return of public services to direct management. The objective this work is to analyze the labor problems caused by the recovery of some outsourced public services as well as the solutions offered by the courts of justice.

Key Words: Public administration, reversal of contracts, public services, succession of companies.

1. Algunas consideraciones preliminares sobre la externalización y la gestión directa de servicios públicos

Al amparo de la libertad de empresa que proclama la Constitución Española en su artículo 38, es habitual que las organizaciones empresariales recurran a diversas formas de colaboración para optimizar al máximo su rendimiento. De entre la variedad de formas colaborativas existentes, ocupa un lugar destacado el recurso a la descentralización productiva a través de las denominadas como contratas o subcontratas de obras y servicios. En una aproximación general, se trata de supuestos en los que una empresa, llamada “principal”, decide encomendar a un sujeto externo a su organización -empresa contratista- la realización de una parte de su actividad o la prestación de algún servicio vinculado a la misma.

El origen de esta forma de organizar el proceso productivo hay que situarlo cronológicamente en torno a las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado y su razón de ser estriba en la pretensión empresarial de alcanzar mayores cotas de eficiencia en la producción de bienes o en la prestación de servicios. Desde su aparición, la descentralización productiva no ha parado de extenderse: tanto en lo que se refiere al objeto de externalización, yendo más allá de las actividades accesorias de la empresa para alcanzar también a las consideradas como nucleares o esenciales; como por los sectores implicados en el uso de esta técnica, afectando, hoy por hoy, a la práctica totalidad de los mismos¹.

El fenómeno de la externalización de servicios tampoco ha sido ajeno a las Administraciones Públicas. Desde tiempo atrás, los organismos públicos han optado en no pocas ocasiones por encargar a un sujeto ajeno a la propia Administración, a su organigrama, la realización de determinadas tareas o la prestación de servicios de titularidad pública². Dicho de otra manera, se ha preferido sustituir el modelo tradicional de gestión directa -esto es, con medios y personal propios- por instrumentos de intervención o gestión indirecta a través de formas colaboración público-privada.

La proliferación de esta modalidad de gestión se ha visto influenciada, en parte, por el incremento de la tipología de servicios que las Administraciones Públicas dispensan actualmente a la ciudadanía. Lejos

¹ Nores Torres, L.E., “La reversión de contratas en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, *El Derecho. Revista de Jurisprudencia.*, n. 2, 2016 (versión electrónica EDB 2016/31303).

² Cantero Martínez, J., “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado”, *Documentación Administrativa*, n. 286-287, 2010, p. 298.

han quedado los tiempos en que la Administración se limitaba a ejercer las conocidas como funciones públicas por excelencia, para pasar hoy en día a dispensar multitud de servicios que perfectamente pueden ser asumidos por una empresa privada a través del correspondiente contrato administrativo. Del mismo modo, tampoco pueden obviarse los efectos de la crisis económica que ha azotado España desde el año 2008 y su repercusión en el sector público, lo que se ha traducido en la imposición de férreas exigencias dirigidas a minimizar el gasto, aumentar la eficacia y reducir la dimensión del sector público³.

Sentado lo anterior, lo cierto es que los principales argumentos que se han venido poniendo sobre la mesa para justificar el recurso a la externalización de servicios en el sector público no difieren de los ya apuntados por la doctrina científica para avalar su uso en el ámbito empresarial, a saber: fomento de la competitividad, aumento de la eficiencia, reducción de costes, especialización, etc. Acaso, cabría añadir como genuino del ámbito público el compromiso de estabilidad presupuestaria asumido por el Estado español fruto de su incorporación al sistema monetario europeo⁴ y, en particular, las limitaciones existentes en estos últimos años en torno a la incorporación de nuevos empleados públicos como consecuencia de la afamada tasa de reposición. Pero si prescindimos de estas particularidades, la idea que subyace al fenómeno de la descentralización en el sector público no es distinta a la motivación perseguida por la empresa privada y puede sintetizarse en la necesidad de hacer más eficiente la Administración, lo cual, se entiende más factible si se le dota de un componente empresarial, es decir, si se gestiona como una empresa privada⁵.

En este estado de las cosas, recientemente se han dado a conocer algunos estudios e informes⁶, referidos principalmente a la gestión indirecta de

³ Rodríguez Escanciano, S., “Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 37, 2015, p. 4.

⁴ Cantero Martínez, J., “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Crisis y externalización de servicios en el sector público: ¿solución o problema?*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 2011, p. 70 y ss. Igualmente, Rodríguez Escanciano, S., “Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la...”, *op. cit.*, p. 6.

⁵ *Vid.*, Castillo Blanco, F.A., *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, Estudios de Relaciones Laborales, Barcelona, 2017, p. 20.

⁶ En este sentido, puede citarse el *Informe encargado por la Federación Sindical Europea de los Servicios Públicos a la Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos de la Universidad de Greenwich (PSIRU) -Mayo 2012-*, encargado de analizar procesos de reasunción de servicios públicos -en el ámbito municipal- que se están produciendo en distintos países;

servicios públicos locales, en los que se pone en entredicho la eficiencia de la gestión privada⁷ tanto desde el punto de vista económico como de la calidad del servicio prestado, lo que ha propiciado que algunas voces doctrinales critiquen enérgicamente que las Administraciones Públicas hayan recurrido masivamente a fórmulas de gestión indirecta. Críticas que se sustentan, primero y fundamentalmente, por la inexistencia de datos rigurosos que permitan verificar el axioma consistente en que la externalización implica *per se* una optimización de la gestión del servicio público⁸. En segundo lugar, por considerar que la gestión indirecta suele traer consigo una precarización de las relaciones laborales, materializada en un uso excesivo de la temporalidad por parte de las empresas que asumen la prestación del servicio público⁹. Y, en último lugar, porque en ocasiones la técnica de la externalización de servicios ha venido asociada a ciertas prácticas clientelares y corruptelas en favor de determinadas empresas por parte de la clase política dirigente¹⁰.

Razones de espacio impiden en este foro entrar a analizar pros y contras de externalizar la gestión de determinados servicios públicos, pues ello excedería con creces el objeto y pretensiones de este trabajo. Ahora bien,

en dicho informe se identifica entre las causas que están propiciando este fenómeno de reversión: la mala gestión privada, la reducción de costes y la mayor eficiencia, entre otras. Del mismo modo, resultan de interés dos informes emitidos por el Tribunal de Cuentas sobre el sector público local en el ejercicio 2011 y 2013, de los que se ha hecho eco la doctrina científica (Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: derecho europeo y sucesión de empresa (el caso *Piscarreta Ricardo*)”, *La Ley. Unión Europea*, n. 53, 2017) en los que se evidencia como la externalización como vía para la prestación de servicios en el ámbito local había supuesto un encarecimiento del servicio en comparación con la gestión directa que existía con anterioridad.

⁷ Entre otros, Alfonso Mellado, C.A., “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. 73, 2016, pp. 25-44; y Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: derecho europeo y sucesión de empresa (el caso *Piscarreta Ricardo*)”, *La Ley. Unión Europea*, n. 53, 2017 (versión electrónica *La Ley* 16998/2017).

⁸ *Vid.*, Trillo Párraga, F.J., *Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 21.

⁹ Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral...”, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰ A este respecto, se ha afirmado que el espacio público aparece como una “expectativa de negocio donde la externalización de servicios desarrolla un papel esencial en la trama corrupta política-empresarial, quedando reducidas la eficacia y la eficiencia como motivos de la externalización de servicios públicos a una mera entelequia”. Trillo Párraga, F.J., *Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos...*, *op. cit.*, p. 30.

parece conveniente, siquiera sea para situar este debate en sus justos términos, traer a colación en esta parte introductoria dos ideas a mí entender fundamentales. La primera de ellas viene referida a la necesidad de no confundir la externalización de un servicio público mediante la adjudicación de contratos o concesiones administrativas con su privatización. Se trata de supuestos de hecho diferentes que erróneamente se utilizan como si de un mismo fenómeno se tratara. El matiz diferenciador, en cambio, no es baladí. Y es que mientras en el primer caso -externalización- la Administración Pública continúa ostentando la titularidad del servicio, es responsable de cómo se presta a la ciudadanía y, precisamente por ello, cuenta con facultades de fiscalización y revisión del mismo; la privatización, por el contrario, supone trasladar la titularidad de un servicio desde el sector público hacia el sector privado sin que la Administración Pública ostente ya ningún tipo de control ni responsabilidad sobre aquél.

La segunda consideración que quisiera efectuar, convenientemente advertida por la doctrina científica, pretende hacer hincapié en la importancia de superar los apriorismos ideológicos que habitualmente suelen rodear esta temática: ya sea para mitificar las ventajas asociadas a la externalización de servicios públicos; o para denostar cualquier uso de esta técnica de gestión indirecta. La externalización puede mejorar la prestación del servicio o puede ser un desastre, lo que dependerá de las condiciones y de la eficacia de la gestión¹¹. No hay un único modelo de gestión válido que garantice el éxito en términos de eficiencia y que pueda extrapolarse de forma generalizada a cualquier servicio y a todas las Administraciones Públicas. Siendo ello así, sería deseable que el debate actual no se planteara en términos de gestión pública *versus* gestión privada, ni sobre la base de postulados meramente ideológicos, sino en atención a qué forma de gestión es la más adecuada para cada servicio concreto, y siempre y en todo caso sobre la base de argumentos contrastables “(...) centrados en razones de eficacia y eficiencia de los modelos públicos y privados al llevar a cabo la prestación de servicios públicos de contenido económico”¹².

¹¹ Olías De Lima Gete, B., “Cara y cruz de la externalización”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Crisis y externalización de servicios en el sector público: ¿solución o problema?*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

¹² Tornos Mas, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016. El texto del artículo puede consultarse en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505990> (Consulta realizada el 20 de junio de 2018).

Por lo demás, no hay que olvidar en este sentido que si bien las Administraciones Públicas gozan de un cierto margen de maniobra a la hora de elegir la modalidad de gestión de un servicio público, en modo alguno se trata de una facultad omnímoda, sino que la elección debe ajustarse a unos requisitos procedimentales, amén de respetar los principios de eficacia e interdicción administrativa que debe observar cualquier actuación administrativa. Y esta máxima es aplicable tanto a la decisión inicial de externalizar el servicio como a la reversión del mismo. Precisamente en el ámbito local, donde el fenómeno de reinternalización está teniendo mayor presencia, la Ley de Bases de Régimen Local dispone que “Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse *de la forma más sostenible y eficiente* de entre las enumeradas a continuación (...)”; citándose entre ellas tanto la gestión directa como la indirecta.

Esta última idea cobra una especial relevancia como consecuencia del cambio de enfoque que está prevaleciendo en estos últimos años. En efecto, si en plena crisis económica asistimos a un proceso expansivo de los sistemas de colaboración público-privada, desde el año 2015 ha ido adquiriendo fuerza la tendencia contraria, generándose una suerte movimiento hacia la reversión o vuelta a la gestión directa de los servicios públicos. En ello ha influido no sólo el cuestionamiento de las ventajas clásicas atribuidas a la externalización, sino, una vez más, factores de naturaleza política o ideológica. Tras los últimos comicios electorales, cuando los resultados han posibilitado cambios en los equipos de gobierno, los organismos públicos afectados han apostado por la reasunción de servicios públicos hasta aquel momento dispensados por empresas privadas, aprovechando que finalizaba la concesión administrativa suscrita o procediendo directamente a su rescate.

Más allá de la conveniencia de este tipo de decisiones, de la oportunidad de retornar a modelos de gestión directa, de lo que no hay duda es que si la externalización de servicios públicos suscitó en su momento importantes interrogantes sobre las consecuencias que dicha práctica tenía para los trabajadores, el proceso de vuelta no se queda atrás. Un breve recorrido por los repertorios de jurisprudencia y por los estudios doctrinales¹³ que están apareciendo en relación a este fenómeno dan

¹³ Sin pretensiones de exhaustividad, a los ya citados hasta el momento pueden añadirse: De La Puebla Pinilla, A., “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016, pp. 112-122 (versión electrónica La Ley 2717/2016); Calvo Gallego, F.J., “Transmisión de empresas, sucesión de contratistas y sector público”, *Temas Laborales*, n. 114, 2012, pp. 205-226; Revilla Esteve, E., “Problemas actuales del régimen del personal en contratistas de obras y servicios en las Administraciones Públicas”, *Documentación Laboral*, n. 106, 2016, pp. 87-96; y Esteve

buena cuenta de los complejos problemas jurídico-laborales, aplicativos e interpretativos, que trae consigo la decisión de recuperar la gestión directa de un servicio público. Problemática que se agrava por dos motivos que sin ser novedosos no deben menospreciarse: primero, por la ausencia de una regulación legal específica que se encargue de dar una solución adecuada a las singularidades propias del empleo público, lo que confiere un papel protagonista a la jurisprudencia -nacional y comunitaria- que es quien tiene que ir dando una respuesta a los conflictos jurídicos que se van suscitando mientras el legislador guarda un absoluto silencio. Segundo, porque en dichos conflictos jurídicos, como consecuencia de la naturaleza pública del empleador, confluyen normas pertenecientes a ramas del derecho diferentes -social y administrativa- cuyos intereses, en ocasiones, resultan difícilmente conciliables entre sí. El ejemplo extremo lo encontraremos a la hora de conjugar el efecto principal de la subrogación, esto es, la asunción del personal por el organismo público, con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que han de regir el acceso al empleo público.

En el marco de estas breves consideraciones preliminares, las próximas páginas se dirigen a analizar los principales problemas de índole laboral que está suscitando la recuperación de parte de los servicios públicos externalizados al albor de las soluciones que están ofreciendo los tribunales de justicia. A tal fin, el estudio propuesto comenzará con el análisis de algunas cuestiones esenciales sobre la sucesión de contratas y la aplicación de la normativa prevista en materia de transmisión de empresa. A continuación, me detendré en su virtualidad en los casos de reversión de contratas en las Administraciones Públicas, esto es, en valorar en qué medida los supuestos de reasunción o recuperación de la gestión de servicios tiene encaje en el fenómeno sucesorio. Por último, aludiré a las consecuencias y efectos que se derivan de este fenómeno en el ámbito del sector público, en particular, la dificultad de cumplir con la obligación de asumir al personal por el ente público.

2. Doctrina general en materia de transmisión de empresa: presupuestos, tipología y alcance de la obligación de subrogación

Cuando acontece un cambio de titularidad de la empresa, nuestro ordenamiento jurídico, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva

Pardo, J., “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *Revista de Administración Pública*, n. 202, pp. 305-336.

2001/23/CEE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, regula un mecanismo de tutela de los trabajadores para garantizar el mantenimiento de sus derechos y, de forma especial, la continuidad de las relaciones laborales vigentes en el momento de la transmisión. La voluntad del legislador es diáfana: evitar que una novación subjetiva de la persona del empleador se convierta por sí misma en una causa extintiva de los contratos de trabajo. Por ello, entre otras garantías, se impone al nuevo titular de la empresa la obligación de subrogarse en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores.

Ahora bien, esta obligación puede tener distintas procedencias, lo que tiene relevancia en punto a su alcance así como a las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma¹⁴. Pero vayamos por partes. De entrada, la obligación de subrogación empresarial puede traer causa directamente en la Ley, concretamente, en lo dispuesto en el art. 44 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Según reza el apartado segundo de dicho precepto, cuyo redactado es coincidente con el del art. 1.1 letra b) de la Directiva 2001\23¹⁵, 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”.

Ciertamente, la determinación de si existe o no sucesión empresarial en los términos del art. 44 ET dependerá en gran medida de las circunstancias que rodeen cada caso concreto¹⁶; o, por usar los términos que emplea el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) exigirá tomar “(...) en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate”¹⁷. Sin embargo, prescindiendo ahora del obligado análisis casuístico, en una

¹⁴ Se refieren a los distintos orígenes de la obligación de subrogación, Madrigal Esteban, M.J. y Martínez Saldaña, D., “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n. 40, 2015, p. 33.

¹⁵ Dicho apartado fue incorporado por la Ley 12/2001 de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

¹⁶ STS de 20 de julio de 1988 (RJ 1988/6211).

¹⁷ *Vid.*, SSTJUE de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/00 (*Temco*) y de 26 de noviembre de 2015, Asunto C-509/14 (*Aira Pascual y otros*).

aproximación general puede afirmarse que para que nos encontremos ante un supuesto de transmisión de empresa *ex art. 44 ET* han de concurrir dos requisitos esenciales y constitutivos¹⁸. El primero de ellos, también conocido como «elemento subjetivo», es que se produzca efectivamente una transmisión de la empresa -o de un elemento significativo de ésta- de un titular a otro, con independencia de la naturaleza del acto mediante el cual se efectúe la transmisión (*inter vivos* o *mortis causa*) y del concreto negocio jurídico empleado para ello (arrendamiento, donación, venta judicial, fusión, etc.). Es más, se incluirían también los supuestos en que la transmisión no se produce de forma directa entre el primitivo empresario y el sucesor¹⁹. El segundo requisito, en cambio, viene referido al objeto de la transmisión. Lo determinante, en sintonía con el tenor literal del art. 44.2 ET y con la jurisprudencia nacional y comunitaria acaecida al respecto, es que lo transmitido sea un conjunto de medios organizados que conforman una actividad económica que mantenga su identidad²⁰. La conjunción de ambos elementos -subjetivo y objetivo- determina que el mecanismo subrogatorio jugará *ope legis* sin necesidad de que exista ningún tipo de acuerdo expreso entre las partes y sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del citado artículo 44²¹.

Si nos centramos en el elemento objetivo, a nadie escapa que en la práctica no siempre resultará una tarea sencilla determinar si la entidad económica transmitida mantiene su identidad tras el cambio de titular. Para facilitar esta labor, la jurisprudencia comunitaria se ha encargado de identificar toda una serie de «circunstancias de hecho» que deberán ser valoradas en su conjunto por los tribunales nacionales a la hora de dilucidar si se está o no ante un supuesto de sucesión empresarial protegido por la norma europea y por el aludido art. 44 ET. A modo ejemplificativo, entre los elementos a valorar se citan²²: el tipo de empresa

¹⁸ SSTs de 19 de marzo (Rec. núm. 4216/2000) y de 17 de junio de 2002 (Rec. núm. 4405/2000) y de 14 de abril de 2003 (Rec. núm. 4228/2000).

¹⁹ Por todas, STSJ de Galicia, de 14 de noviembre de 2017 (Rec. núm. 3703/2017).

²⁰ Por todas, STS de 19 de octubre de 2017 (Rec. núm. 2612/2016).

²¹ Entre otras, SSTs de 28 de abril de 2009 (Rec. núm. 4614/2007) y de 23 de octubre de 2009 (Rec. núm. 2684/2008); de 12 de mayo de 2010 (Rec. núm. 136/2007) y de 7 de diciembre de 2011 (Rec. núm. 4665/2010).

²² Se refieren a estos elementos, entre muchas otras: SSTJUE de 18 de marzo de 1986, Asunto C-24/85 (*Spijkers/Benedik*); de 25 de enero de 2001, Asunto C-172/99 (*Lükenne*); de 11 de marzo de 1997, Asunto C-13/95 (*Süzen/Zehnacker Gebäudereinigung Krankenhauservice*); de 20 de noviembre de 2003, Asunto C-340/01 (Abler y otros). Más recientemente, SSTJUE de 26 de noviembre de 2015, Asunto C-509/14 (*Aira Pascual* y otros) y de 19 de octubre de 2017, Asunto C-200/16 (*Securitas*).

o de 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.

Repárese en que uno de los indicios a considerar para valorar la existencia de subrogación empresarial es que el nuevo empresario se haga cargo de la mayoría de los trabajadores del anterior, es decir, que asuma una parte significativa de la plantilla. Se da así carta de naturaleza a la denominada como doctrina o tesis de la «sucesión de plantilla». Conforme a la misma, cuando se trata de sectores en los que la actividad descansa esencialmente en la mano de obra, como ocurre, señaladamente, con limpieza, seguridad y vigilancia, se ha señalado que “(...) un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica”; añadiendo que “(...) dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”²³. Es decir, dándose ambos condicionantes, por un lado, la actividad se fundamenta en la mano de obra; y, por otro lado, una parte relevante -cuantitativa o cualitativamente- de los trabajadores es asumida por el nuevo empleador, tanto la jurisprudencia comunitaria²⁴ como la española²⁵ concluyen que existe un supuesto de sucesión de empresas y, por ende, resultará plenamente aplicable tanto el mecanismo subrogatorio como las demás responsabilidades contenidas en el precepto estatutario.

Junto al supuesto legal que acabamos de analizar, la obligación de subrogación que recae sobre el empresario adquiriente también puede tener su origen en la negociación colectiva. Surge así la conocida como “subrogación por vía convencional”. En realidad, se trata de supuestos en los que si bien no concurren los elementos necesarios para que resulte aplicable el art. 44 ET, la autonomía colectiva decide extender un

²³ *Vid.*, STSJUE de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/00 (*Temco*).

²⁴ La doctrina de la sucesión de plantillas ha sido reiterada por el TJUE en múltiples ocasiones, entre muchas otras, SSTJUE de 10 de diciembre de 1998, Asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97 (*Hernández Vidal y otros*); de 20 de enero de 2011, Asunto C-463/09 (*Clece*).

²⁵ Por todas, STS de 5 de marzo de 2013 (Rec. núm. 3984/2011).

mecanismo de tutela similar o igual al previsto por la norma legal. Ahora bien, como se indicaba al inicio de este epígrafe, dependiendo de la fuente normativa que contempla la obligación subrogatoria, su alcance y consecuencias jurídicas varían. De hecho, en los supuestos de subrogación por vía convencional la asunción de los trabajadores por el nuevo empleador deberá producirse en los términos previstos en la norma convencional y con los límites que en ella se pudieran contener²⁶. Nada impide, y así lo han reconocido los tribunales, que se incorporen requisitos procedimentales a la efectiva puesta en marcha del mecanismo subrogatorio; que se restrinja a trabajadores con un mínimo de antigüedad en la empresa; o, incluso, que se excluya la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario²⁷. Condicionantes, todos ellos, que no resultan admisibles en el supuesto legal.

Finalmente, la obligación de subrogación en las relaciones laborales subsistentes puede derivarse también de cláusulas contractuales, concretamente, del pliego de condiciones que conforman el contrato celebrado entre un organismo público y la entidad privada a la que se encomienda la realización o prestación del servicio público. Así lo ha venido reconociendo en múltiples ocasiones la jurisprudencia social²⁸ y también, aunque con mayores reticencias²⁹, la administrativa³⁰.

²⁶ Entre muchas otras, *vid.*, SSTs de 24 de julio de 2013 (Rec. núm. 3228/2012); de 27 de abril de 2016 (Rec. núm. 329/2015); de 10 de mayo de 2016 (Rec. núm. 2957/2014); de 25 de julio de 2017 (Rec. núm. 2239/2016) y de 20 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 335/2016).

²⁷ Se refiere a ambas limitaciones -antigüedad mínima y exclusión de responsabilidad de la empresa cedente- la STS de 7 de abril de 2016 (Rec. núm. 2269/2014). Un análisis de dicha resolución en: Nores Torres, L.E., "Sucesión de contratas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016)", en *Información Laboral*, n. 9, 2016, pp. 151-163.

²⁸ Pueden consultarse, entre otras, las SSTs de 12 de febrero de 2014 (Rec. núm. 2028/12); de 27 de abril de 2016 (Rec. núm. 329/15); de 31 de mayo de 2017 (Rec. núm. 234/16) y de 12 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 668/2016).

²⁹ De hecho, en ocasiones se ha negado que dicha obligación se pueda imponer a través de los pliegos de condiciones. Por citar un ejemplo, la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de febrero de 2011 (Rec. núm. 741/2009) argumentaba en su fundamentación jurídica que los pliegos de cláusulas administrativas no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en correspondiente convenio colectivo.

³⁰ En este sentido, merece la pena destacar la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 25 de marzo de 2015 (Rec. núm. 180/2013) dispone expresamente que en el ámbito de la subrogación en las relaciones laborales es posible diferenciar tres supuestos: la subrogación legal; la subrogación convencional y la subrogación contractual. Pues bien, en relación a esta última, se afirma que "(...) en estos

3. Extensión del régimen jurídico de la transmisión de empresa a los supuestos de reversión del servicio público: criterios jurisprudenciales

Tras detenernos en los presupuestos que determinan el nacimiento de la obligación de subrogación de los trabajadores, la tipología de formas de sucesión empresarial y el alcance de cada una de ellas, procede a continuación analizar en qué medida la reversión de un servicio público tendría encaje en el concepto de transmisión de empresa. Concretamente, la cuestión se centra en determinar si cuando una entidad pública decide asumir de forma directa la realización de un servicio público que otrora fue externalizado, han de aplicarse o no las consecuencias y efectos asociados a la sucesión empresarial.

Para dar una adecuada respuesta a esta cuestión conviene aclarar, de entrada, que la naturaleza pública del empleador en modo alguno le excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CEE y, por consiguiente, de la observancia de las mismas garantías reconocidas a los trabajadores del sector privado; siempre y cuando, obvio es decirlo, concurren las notas que caracterizan la existencia del fenómeno sucesorio³¹.

La propia norma europea incluye en su ámbito aplicativo tanto a las empresas públicas como privadas, tengan o no ánimo de lucro. La única excepción, recogida en el art. 1 c) de la Directiva, se refiere a los casos en que se produce una “reorganización de estructuras de la Administración Pública” o la “cesión de competencias administrativas entre Administraciones Públicas”; expresiones, ambas, cuyo alcance se limita a

casos no existe obligación legal o convencional, pero la obligación de subrogar nace del acuerdo entre las empresas que se suceden o, en su caso, *del pliego de condiciones de la contrata*”. Es más, -continúa razonando el tribunal- “(...) una cosa es que no se pueda imponer la subrogación a los trabajadores y otra muy distinta que no puedan establecerse en los pliegos de condiciones la subrogación, como obligatoria para el nuevo adjudicatario, en defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y en el empleo, si bien condicionada a la aceptación de los trabajadores. En otras palabras, la subrogación es obligatoria para el adjudicatario en relación con aquellos trabajadores que manifiesten su aceptación”.

³¹ Así lo demuestra, por lo demás, la existencia de numerosos supuestos de transmisión empresarial analizados en sede judicial donde una de las empresas implicadas en la sucesión ostenta la condición de organismo público. Entre muchas otras, *vid.*, SSTJUE de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-175/99 (*Mayeur*) y de 20 de enero de 2011, Asunto C-463/09 (*Clece*).

los supuestos en los que la transmisión tiene por objeto actividades propias del ejercicio del poder público³². Sería el caso, por citar un ejemplo que fue resuelto en sede judicial, de la cesión de competencias administrativas de un municipio a una agrupación de municipios³³. Sin embargo, no se ha considerado un supuesto habilitante de aquella excepción, la transferencia del personal encargado de los servicios auxiliares de limpieza y mantenimiento de los edificios escolares estatales desde las entidades locales al Estado. La razón que esgrimió el Tribunal para fundar su posición era que la transferencia había supuesto la subrogación no sólo en las actividades y en las relaciones con todo el personal empleado, sino también en los contratos celebrados con empresas privadas para prestar tales servicios³⁴. En otras palabras, la transmisión no tenía por objeto actividades propias del ejercicio del poder público, sino económicas, lo que excluía la virtualidad aplicativa de la excepción analizada.

Aclarado este extremo, existe una profusa y elaborada doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (en adelante, TS) que a la luz de la normativa europea y de la interpretación que de la misma realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha ido perfilando en qué casos y bajo qué condiciones las normas reguladoras de la transmisión de empresa son aplicables a la reversión de contratos o reasunción de servicios por las Administraciones Públicas. Las líneas maestras en que se basa la actual doctrina unificada del TS pueden reconducirse a las siguientes:

Para empezar, la jurisprudencia es constante al afirmar que en los casos en se produce una «sucesión de contratos» la regla general es que no estamos ante un supuesto de transmisión empresarial sino ante una mera cesión de actividad que se sitúa extra muros del supuesto de hecho tutelado por el legislador *ex art. 44 ET*. Ello es debido a que en la sucesión de contratos no existe propiamente una transmisión de las mismas “(...) sino la finalización de una y el comienzo de otra -formal y jurídicamente distinta- con un nuevo contratista aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores”³⁵.

Igualmente, es doctrina reiterada del TS que la extinción de la contrata y

³² *Vid.*, STJUE de 14 de septiembre de 2000, Asunto C-343/98 (*Collino y Chiappero*).

³³ Como estableció el TJUE en su sentencia de 15 de octubre de 1996, Asunto C-298/94 (*Annette Henke*).

³⁴ STJUE de 5 de abril de 2011, Asunto C-108/10 (*Scattolon*).

³⁵ Por todas, STS de 9 de febrero de 2016 (Rec. núm. 400/2014).

asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial³⁶. Los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal circunstancia habrán de considerarse despedidos por la empresa contratista sin que se genere responsabilidad alguna para la empresa principal. En pocas palabras, el mero hecho de que una Administración Pública pase a gestionar directamente un servicio público que anteriormente se prestaba por una empresa privada no supone, necesariamente, que exista transmisión de empresa.

El criterio jurisprudencial asumido por el tribunal español resulta plenamente coincidente con la doctrina que el TJUE ha mantenido, entre otras, en su conocida sentencia de 20 de enero de 2011 (Asunto *CLECE*). El supuesto de hecho que motivó el planteamiento de la cuestión prejudicial venía referido a una empresa que se encargaba de prestar servicios de limpieza de colegios y dependencias municipales en virtud de un contrato celebrado con un Ayuntamiento. En un momento dado, el ente local decidirá asumir de forma directa la limpieza de sus diversas dependencias rescindiendo la contrata existente. Es importante advertir que el Ayuntamiento no asumió la plantilla de la empresa que anteriormente prestaba el servicio sino que contrató nuevo personal para desempeñar tal actividad. El órgano judicial español formulará diferentes cuestiones prejudiciales, orientadas todas ellas a un elemento común: resolver si la Directiva 2001/23 debía aplicarse a una situación como la descrita.

La cuestión clave se circunscribirá a si la transmisión tenía por objeto una entidad económica que mantuviera su identidad tras el cambio de titularidad. A tenor del relato fáctico, quedará patente que el único vínculo existente entre las actividades ejercidas por ambas entidades era el objeto de la actividad en cuestión -limpieza de locales- sin que se hubiera producido ninguna transmisión de activos, materiales o inmateriales, entre la sociedad y el organismo público. Con lo cual, produciéndose únicamente una identidad en la actividad ejercida, la conclusión que alcanzará el tribunal es que no se ha mantenido la identidad de una entidad económica, condición *sine qua non* para la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23. Y es que, tal identidad

³⁶ *Vid.*, SSTs de 6 de febrero de 1997 (Rec. núm. 1886/1996); de 26 de julio de 2012 (Rec. núm. 3627/2011); de 19 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 1845/2013); de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 1548/2014); de 9 de febrero de 2016 (Rec. núm. 400/2014); de 16 de junio de 2016 (Rec. núm. 2390/2014); de 19 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 2612/2016, 2629/2016, 2650/2016; y 2832/2016) y de 26 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 3533/2015) y de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 2800/2016).

no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado; su identidad, razona el Tribunal, “(...) resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone”. En base a todo lo anterior, la respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el tribunal español es que la mera asunción por el Ayuntamiento del servicio de limpieza encargada anteriormente a una empresa privada no es suficiente para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la normativa comunitaria.

Sin embargo, debe advertirse que las conclusiones que se acaban de exponer al hilo de la jurisprudencia nacional y europea esbozada son una suerte de reglas o criterios generales que, como tales, son susceptibles de admitir ciertas matizaciones que permitirían llegar a la solución contraria, a saber, que la reasunción del servicio constituye un supuesto de transmisión de empresa situado bajo la órbita del art. 44 ET. Y ello va a depender, esencialmente, de si la Administración Pública no se limita a recuperar la gestión del servicio público anteriormente externalizado sino que acompaña tal decisión con la transmisión de los elementos necesarios para continuar con su prestación.

Especialmente ilustrativas resultan en este sentido una serie de sentencias relativamente recientes del TS referidas todas ellas a la reversión de una concesión administrativa de cocina y restauración por el Ministerio de Defensa para continuar prestando el servicio con personal propio y en las mismas instalaciones³⁷. Su interés reside principalmente en que el Alto Tribunal, con unas sólidas bases argumentativas y haciendo acopio de la vigente doctrina jurisprudencial emanada del TJUE y de la propia Sala Cuarta, va desgranando los aspectos clave que deberán observarse a efectos de apreciar la existencia de sucesión empresarial en los supuestos de reasunción de un servicio público antes gestionado por una empresa privada.

Sucintamente, la cuestión controvertida es común a todas ellas y se centra en discernir si el Ministerio de Defensa, al asumir la gestión directa del servicio con su propio personal y en sus propias instalaciones, ha de hacerse cargo o no de los trabajadores de la empresa a la que se adjudicó la contrata de limpieza y restauración; más claro: si el organismo público en cuestión debería haberse subrogado en la posición de la empresa

³⁷ SSTs de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núms. 2832, 2650, 2612 y 2629/2016). Un estudio de esta jurisprudencia en López Balaguer, M., “Reversión de contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTs de 19 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 2832, 2650, 2612, 2629/2016)”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n. 205, 2018.

contratista.

El TS comenzará su argumentación insistiendo en la regla general antes enunciada relativa a que la mera recuperación de la gestión de un servicio público antes externalizado no supone que estemos en presencia del fenómeno sucesorio. Sin embargo, esta regla no será aplicable en los casos en que la reasunción del servicio vaya acompañada de alguno de los siguientes elementos, individual o conjuntamente considerados: por una parte, que el servicio se continúe prestando con los mismos trabajadores que tenía la empresa contratista que lo venía gestionando hasta ese momento; por otra parte, que se empleen las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura, etc. que las que utilizaba la contratista. La presencia de alguno de estos elementos (o de ambos) determinará que, normalmente, se esté ante un supuesto de transmisión de empresa a los efectos del art. 44 ET.

Lo esencial para que pueda apreciarse una sucesión empresarial encuadrable en el ámbito de aplicación del precepto estatutario y de la Directiva es que la reversión del servicio público se produzca con transmisión de elementos personales -caso de que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra- o de los elementos patrimoniales -cuando aquellos sean imprescindibles para continuar con la prestación de la actividad-.

Asumiendo estas premisas, el elemento que otorga una importante singularidad a los supuestos enjuiciados por el TS en estas resoluciones era la titularidad pública de las infraestructuras y de los elementos materiales. Y ello en la medida en que podría suscitarse dudas sobre si las conclusiones recogidas en el párrafo anterior se verían alteradas porque la reasunción del servicio público fuera acompañada de la recuperación de los elementos productivos y de las infraestructuras por la Administración Pública, previamente puestas a disposición de la contratista, pero cuya propiedad en ningún momento dejó de ostentar.

Con buen criterio, el órgano judicial afirmará que tal circunstancia no sólo no es un impedimento para que pueda apreciarse una sucesión empresarial sino más bien lo contrario: será un elemento determinante de su existencia. Y para fundamentar esta afirmación, la Sala hará suyos los razonamientos contenidos en la sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2014, Asunto *Aira Pascual*. La cuestión conflictiva sustanciada ante el tribunal europeo versaba sobre la decisión de una empresa pública (ADIF) de prestar directamente y con su propio personal la actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal. Antes de optar por un modelo de gestión directa, ADIF externalizó mediante un contrato administrativo la gestión de dicho servicio a una empresa

privada. Transcurrido el plazo de ejecución más una primera prórroga, ADIF comunicará a la adjudicataria su voluntad de no seguir prorrogando la contrata, que pasaría a prestar ella misma el servicio con su propio personal y, por último, su negativa a subrogarse en los derechos y obligaciones de aquella frente a su personal.

La empresa que dispensaba el servicio efectuará un despido colectivo por causas productivas y uno de los trabajadores afectados por la decisión empresarial (Sr. *Aira Pascual*) la impugnará ante el Juzgado de lo Social competente. La demanda será estimada inicialmente por incumplimiento de la obligación derivada del artículo 44 del ET al entender que el servicio objeto de controversia seguía prestándose con los mismos medios materiales esenciales para su prestación, para el mismo cliente y en las mismas instalaciones. Disconforme con esta resolución, ADIF recurrirá en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que será finalmente quien planteará cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Pues bien, ciñéndonos a los efectos que aquí interesan, el TJUE negará relevancia alguna al hecho de que los elementos materiales necesarios para desarrollar la actividad hayan pertenecido siempre a la empresa pública. Incluso dará un paso más en este sentido, y afirmará que defender una interpretación distinta, esto es, que excluyera del ámbito de aplicación de la Directiva los casos en que los elementos imprescindibles para realizar la actividad siempre hayan sido de titularidad del cesionario, supondría privar de parte de su efectividad a la norma europea.

Retomando el supuesto de hecho enjuiciado por el TS en las resoluciones objeto de análisis, es un hecho indubitado que nos encontramos ante una actividad -restauración- que inicialmente se externalizó y que posteriormente fue asumida directamente por el organismo público mediante su propio personal. Además, es una actividad que descansa sobre los elementos materiales que la integran en tanto en cuanto éstos resultan indispensables para continuar desempeñando la actividad de limpieza. Siendo ello así, hay que verificar si concurren o no los elementos subjetivo y objetivo propios del fenómeno sucesorio, lo que, se adelanta desde ahora, resulta evidente en ambos casos. En cuanto al elemento subjetivo, se produce una reversión del servicio contratado, un cambio de titularidad de la utilización de los medios de producción desde la empresa privada hacia el organismo público; y, respecto al elemento objetivo, el mencionado cambio se acompaña de la entrega de los elementos patrimoniales que son imprescindibles para continuar con la actividad. En definitiva, la reversión de este servicio en manos de la Administración caería de pleno en el espacio propio de la transmisión empresarial y, por

ende, los trabajadores tendrían que ser asumidos por el ente público, junto con el resto de obligaciones y garantía que se derivan del precepto legal. Quedaría pendiente, por último, cuál sería la virtualidad aplicativa del art. 301.4 del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, cuyo tenor literal establece cuanto sigue: “A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”. Nuevamente el TS rechaza este argumento sobre la base de que el precepto legal citado viene referido a un supuesto de hecho distinto al enjuiciado, en el que, por las razones antedichas, existe sucesión de empresa en los términos que establece tanto el art. 44 ET como la Directiva. En todo caso, como ha indicado la doctrina científica, tal prohibición se circunscribía a los contratos de servicios pero no a los a los contratos de gestión de un servicio público que son los que resultan concernidos en los supuestos de reversión de contratos³⁸.

En suma, a la vista de todo cuanto antecede, la conclusión general que puede extraerse es que la cuestión que nos planteamos al inicio de este epígrafe debe responderse en sentido afirmativo. Es decir, el fenómeno de la reversión de servicios públicos previamente externalizados tendría encaje en el concepto de sucesión de empresa del art. 44 ET. Eso sí, para que esto sea así y se imponga a la subrogación de personal al ente público es imprescindible que concurren las mismas exigencias que la jurisprudencia viene requiriendo para la sucesión empresarial en el sector privado: o bien que haya transmisión de elementos patrimoniales básicos para continuar con la explotación de la actividad; o bien que el ente público que va a prestar el servicio asuma una parte significativa de la empresa que venía haciéndolo antes de la reasunción.

Abandonando el supuesto de hecho analizado por las citadas sentencias del Tribunal Supremo, ya hemos visto que la obligación de subrogarse no sólo puede traer causa en la ley, sino que también puede derivar del convenio colectivo aplicable o del pliego de condiciones de un contrato administrativo. Y es en estos casos, singularmente en la vía convencional, cuando la traslación al ámbito de la reversión de servicios públicos de la

³⁸ Ortega Bernardo, J. y De Sande Pérez-Bedmar, M., “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Revista de Información Laboral*, n. 6, 2016, p. 15 (Paginación en formato PDF. Documento consultado en la base de datos Aranzadi). En el mismo sentido, De La Puebla Pinilla, A., “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016.

obligación subrogatoria puede plantear mayores dificultades.

En efecto, comenzando por la subrogación convencional, no es infrecuente que en el ámbito privado, particularmente en sectores que descansan fundamentalmente en la mano de obra, y que se caracterizan, además, por una excesiva rotación, los negociadores incorporen cláusulas en las que se prevé expresamente la subrogación del personal entre las empresas que se suceden en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del convenio colectivo de que se trate. El problema no estriba en la admisibilidad desde el punto de vista legal de este tipo de cláusulas, debate que hoy por hoy está superado, sino en si puede imponerse tal obligación cuando quien sucede en la prestación del servicio no es una empresa que se encuentra dentro del ámbito aplicativo del convenio colectivo sino el propio organismo público que decide retomar un modelo de gestión directa.

Pues bien, sin perjuicio de la existencia de algún pronunciamiento judicial discrepante, lo cierto es que tanto la doctrina judicial mayoritaria³⁹ como la jurisprudencia⁴⁰, consideran que las obligaciones recogidas en este tipo de cláusulas convencionales no pueden exigirse a las Administraciones Públicas. En extrema síntesis, se argumenta en favor de esta tesis que en aplicación del art. 82.3 ET, en virtud del cual, los convenios colectivos obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, un convenio ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Es decir, únicamente se encuentran obligados por este tipo de cláusulas los empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo y en él sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación de dicho convenio, lo que excluye, *per se*, a las Administraciones Públicas.

En cuanto a la posibilidad de que la obligación de subrogación venga impuesta por los pliegos que regulan el contrato administrativo, debe recordarse que la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, impone al órgano de contratación la obligación de

³⁹ Entre las más recientes *vid.*, STSJ de Navarra de 27 de abril de 2017 (Rec. núm. 125/2017); de Andalucía, de 19 de diciembre de 2017 y de Galicia de 12 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 4030/2017).

⁴⁰ SSTs de 21 de diciembre de 2010 (Rec. núm. 208/2009); de 11 de julio de 2011 (Rec. núm. 2861/2010) y de 18 de septiembre de 2012 (Rec. núm. 3299/2011) y de 21 de abril de 2015 (Rec. núm. 91/2014).

informar a los potenciales licitadores, en el propio pliego, sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida (art. 130.1). Dicho obligación, en todo caso, operará únicamente si viene impuesta por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

Enlazando con esta última idea, aunque aludiendo al precepto que recogía un deber de información análogo en la anterior Ley de Contratos del Sector Público (art. 120 Real Decreto Legislativo 3/2011), la jurisprudencia ha advertido sobre el carácter instrumental de la norma en cuanto al establecimiento de una posible obligación sucesoria. Y es que, en opinión del Tribunal Supremo, posición compartida por quien suscribe estas páginas, el precepto legal impone una obligación a la Administración Pública contratante de informar a los licitadores de una posible subrogación empresarial que ha de ser impuesta por disposición legal o convencional, pero no crea obligación alguna para los licitadores en el concurso; es decir, sólo les informa de las posibles consecuencias de la adjudicación, precisamente para los casos en que las prescripciones legales o convencionales impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador⁴¹.

4. La (difícil) traslación de los efectos subrogatorios en el sector público: la integración del personal como empleado público

En aquellos casos en que la recuperación de la gestión de un servicio público por la Administración Pública constituye un supuesto de transmisión de empresa, ya hemos visto que deberán aplicarse los efectos inherentes al fenómeno sucesorio, en especial, el mantenimiento de las relaciones laborales y la subrogación en las mismas por parte del sujeto que se va a encargar de prestar el servicio, es decir, en los supuestos que estamos tratando, el organismo público⁴². Es en este punto donde la

⁴¹ STS de 12 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 668/2016).

⁴² Si bien en este trabajo vamos a centrarnos exclusivamente en la obligación que tiene el empresario adquirente (Administración Pública) de asumir a los trabajadores, no hay que olvidar que el art. 44 prevé otras consecuencias jurídicas derivadas de la subrogación empresarial que también deberán ser observadas. Me refiero, en particular, al mantenimiento de las condiciones laborales que los trabajadores tuviesen antes de la transmisión, a la continuidad de los efectos del convenio colectivo aplicable en el momento de la transmisión (salvo pacto en contrario) así como al resto de obligaciones

situación se complica notablemente por la dificultad de cohonestar dicho efecto con las exigencias de igualdad, mérito y capacidad que deben regir el acceso a cualquier empleo público. Dificultades que, adelante desde ahora, tratarán de salvarse mediante el recurso a una figura enormemente controvertida como es el personal indefinido pero no fijo.

A efectos de obtener una mejor claridad expositiva, parece conveniente que analicemos ambas cuestiones por separado: de una lado, me detendré brevemente sobre cuál es el contenido y alcance de los principios rectores del acceso al empleo público; y, a continuación, se analizará la virtualidad de la aplicación de la figura del indefinido no fijo al supuesto de reversión de contratos en el ámbito público.

4.1. Breve referencia a los principios rectores del acceso al empleo público

Comenzando por la primera de las cuestiones anunciadas, es por todos sabido que nuestro sistema de acceso a la función pública viene determinado por la necesaria observancia de una serie de principios constitucionales, según los cuales, el acceso a las funciones y cargos públicos debe producirse en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y de acuerdo con los méritos y capacidades que acrediten los candidatos (art. 103.3 CE). Es decir, si en el sector privado el empresario puede contratar libremente a sus trabajadores sin más limitación que la que se deriva del principio de no discriminación al que aluden los arts. 4.2 c) y 17 del ET, la selección de los empleados públicos, en cambio, ha de realizarse “en virtud de criterios objetivos, pues todos los ciudadanos son iguales ante la Ley y ante su aplicación, de manera que la Administración no puede establecer preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros, y además, dichos criterios objetivos han de basarse en criterios de mérito y capacidad, puesto que la Administración está obligada a gestionar los intereses públicos con eficacia”⁴³.

El cumplimiento de estos principios tiene una enorme trascendencia sobre el conjunto de la función pública ya que, entre otras cuestiones, la eficacia y calidad de los servicios públicos que se prestan a la ciudadanía depende directamente de que produzca la selección de aquellos candidatos más preparados⁴⁴. Consciente de ello, el legislador ha trasladado estas

salariales y de seguridad social y demás deberes de información en los términos que establece el citado precepto estatutario.

⁴³ Sánchez Morón, M., *Derecho de la Función Pública*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 119.

⁴⁴ Marina Jalvo, B., “Consideraciones sobre el Informe para el estudio y preparación del

exigencias constitucionales al art. 55.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en lo sucesivo, EBEP) que reconoce el derecho que tienen todos los ciudadanos a acceder a un empleo público de acuerdo con los *principios* constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Por lo demás, no debe olvidarse que tales exigencias en materia de acceso son predicables del acceso a un empleo público por parte del personal funcionarial como por parte del personal laboral.

Sentado lo anterior, por lo que se refiere al principio de igualdad en el acceso a la función pública, si tomamos como base la clásica jurisprudencia constitucional acaecida al respecto, los principales rasgos definitorios de dicho principio son⁴⁵:

1. *Configuración legal*. Ello implica que es el legislador quien establece los requisitos y las condiciones que deben reunir los aspirantes que pretendan acceder a la función pública. La única limitación que tendría el legislador en dicha tarea configuradora sería “la proscripción de referencias individualizadas y concretas que, por crear desigualdades arbitrarias, sean incompatibles con los principios de mérito y capacidad”⁴⁶.

2. *Naturaleza no sustantiva*. El texto constitucional no prevé un concepto sustantivo de cargo público sino que remite esta tarea a la normativa reguladora del cargo en cuestión, de manera que la noción de cargos y funciones públicas aparece estrechamente vinculada a la cuestión de la reserva de Ley, debiendo estar a la normativa sustantiva aplicable⁴⁷.

3. *Carácter reaccional*. El derecho consagrado en el art. 23.2 CE, como concreción del principio general de igualdad, otorga a todos los españoles un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y, en último término, ante el Tribunal Constitucional, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad⁴⁸. En otras palabras, “exige permitir la participación de

Estatuto Básico del Empleado Público”, *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, n. 29, 2005, p. 19.

⁴⁵ Una versión más extensa de estos principios rectores puede consultarse en Ramos Moragues, F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011. Más reciente en el tiempo y dedicada monográficamente a los principios de igualdad, mérito y capacidad, Fernández Delpuech, L., *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el empleo público*, BOE, Madrid, 2015.

⁴⁶ Puerta Seguido, F., “El acceso al empleo público”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, La Ley, Madrid, 2007, p. 401.

⁴⁷ Pulido Quecedo, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992 pp. 66-67.

⁴⁸ *Vid.*, entre muchas otras, las SSTC 50/1986, de 23 abril (Rec. núm. 511/1985);

todo ciudadano en los procesos selectivos para el empleo público, sin que se establezcan requisitos o condiciones subjetivas, irrazonables o desproporcionadas que puedan generar discriminación⁴⁹.

4. *Extensión del principio a lo largo de la relación laboral o funcionarial.* Por último, debe advertirse que la aplicación de este principio no sólo se circunscribe al momento del acceso a la función pública sino también durante el desarrollo de la carrera profesional. Es decir, a través de este derecho se garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también a mantenerse en ellos sin perturbaciones ilegítimas y a que no se les impida desempeñarlos de conformidad con lo que la Ley disponga⁵⁰.

Por su parte, el sistema de mérito y capacidad actualmente consagrado en el Texto Constitucional surge como una reacción al modelo de función pública que imperaba en los países de ideología liberal, donde el nombramiento de los cargos y empleos públicos se llevaba a cabo a través del denominado como *spoils system* o sistema de botín. El rasgo por excelencia que define dicho sistema es que tanto el nombramiento como el cese de los empleados públicos tienen carácter libre, lo que en la práctica se traduce en que el cambio de unos funcionarios por otros está en función de las alternancias políticas en el gobierno. El empleo público se configura, de este modo, como una moneda de cambio a través de la cual se recompensa a quienes han apoyado al partido político que ganaba las elecciones⁵¹.

Frente al modelo de *spoils system*, se irá imponiendo en determinados países⁵², entre ellos España, los principios de mérito y capacidad como criterios para la selección de los funcionarios públicos. El objetivo era claro, a saber, configurar una función pública profesionalizada en la que la alternancia política no condicionase el cambio de unos funcionarios por otros, con los riesgos que dicha práctica conlleva, no sólo para aquellas personas que perdían su empleo, sino también para la gestión de la cosa pública, para el sistema funcionarial en su conjunto⁵³.

Y es que, tal y como se ha destacado por la doctrina, la configuración de

30/1997 de 24 de febrero (Rec. núm. 1321/1993); 156/1998, de 13 de julio (Rec. núm. 3455/1995) y 99/1999, de 31 de mayo (Rec. núm. 2527/1995).

⁴⁹ Sánchez Morón, M., *Derecho de la Función...*, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁰ STC 220/1991, de 25 de noviembre (Rec. núm. 524/1989).

⁵¹ Parada Vázquez, R., *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 12-13.

⁵² *Vid.* un estudio de las causas que favorecieron la evolución desde el sistema de *spoils system* hacia sistema de mérito y capacidad en Parada Vázquez, R., *Derecho del empleo...*, *op. cit.*, pp. 13-15.

⁵³ Martín Retortillo, L., *Méritos o botín*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 30-31.

un sistema de acceso a la función pública con observancia de los principios de mérito y capacidad se relaciona con las *garantías de imparcialidad*, pues el seleccionado por su mérito y capacidad deberá su selección y nombramiento a tales criterios objetivos, lo que le permitirá ser imparcial en el ejercicio de las tareas para las que ha sido seleccionado; con el *principio de eficacia*, porque los seleccionados en razón del mérito y la capacidad serán los más aptos para actuar eficazmente; y con el *acceso en condiciones de igualdad*, en la medida en que sólo el mérito y la capacidad personal justificarán las preferencias en los procesos de reclutamiento, quedando cualquier otra circunstancia personal al margen de la selección⁵⁴. Dicho esto, en cuanto al alcance de los principios de mérito y capacidad, será suficiente a los efectos que aquí interesan con efectuar las siguientes consideraciones: de entrada, debe advertirse que la aplicación de los mentados principios tiene como principal consecuencia la imposibilidad de que el legislador no sólo establezca diferencias que carezcan de una fundamentación razonable y objetiva, sino de manera más concreta, la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y capacidad. A mayor abundamiento, la capacidad y, especialmente, los méritos a tener en cuenta, deberán estar relacionados con la función que se vaya a desempeñar, sin que bajo ningún concepto, puedan establecerse en términos tales que se consideren fijados en atención a personas determinadas⁵⁵.

De otra parte, repárese en que los principios de mérito y capacidad “apoderan al legislador y a la Administración para que configure en términos de libertad los requisitos para acceder a la función pública en cada caso concreto, pero al mismo tiempo su consideración como conceptos jurídicos indeterminados determina la exclusión de cualquier idea de libre arbitrio -configuración legal y concreta-”⁵⁶.

En tercer lugar, las exigencias legales y constitucionales de mérito y capacidad se extienden a los sistemas y criterios utilizados por las Administraciones Públicas para seleccionar a su personal. Ello implica que aunque las Administraciones dispongan de libertad para establecer los sistemas de acceso a la función pública y los criterios de selección, no se trata de una facultad absoluta sino que presenta como límite que tanto unos como otros deberán garantizar que los candidatos seleccionados de entre los distintos aspirantes sean aquellos que reúnan mayores méritos y

⁵⁴Así lo señala, Ruano Rodríguez, L., *Constitución, función pública y empleo laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 40-41.

⁵⁵ *Vid.* STC 27/1991 de 14 de febrero (cuestiones de inconstitucionalidad núm. 1359/1986 y 2265/1989).

⁵⁶ Puerta Seguido, F., “El acceso al empleo...”, *op. cit.*, p. 407.

estén más capacitados⁵⁷.

Significar, en fin, que desde algún sector doctrinal se ha defendido la delimitación entre ambos términos, “capacidades” y “méritos”, vinculando al primero aquellos aspectos que se acreditan en pruebas teóricas o prácticas cuya finalidad perseguida es la de constatar los conocimientos y aptitudes de los aspirantes, lo que conlleva ineludiblemente la asociación del concepto de capacidad al sistema de selección basado en la oposición; mientras que, en relación con el segundo de ellos, esto es, los méritos, englobaría aquellos aspectos que hacen referencia a las cualidades adquiridas por los aspirantes durante su trayectoria profesional, cuya acreditación se lleva a cabo por medio del instrumento selectivo denominado “concurso”⁵⁸.

Visto, siquiera sea sucintamente, cuál es el alcance y contenido de los principios rectores del acceso al empleo público, el problema jurídico surge cuando el organismo público decide recupera la gestión de un servicio público antes externalizado y tal decisión constituye un supuesto de sucesión empresarial en los términos ya analizados; pues, en tal caso, ha de asumir en su propia plantilla al personal de la empresa privada que venía prestando el servicio con anterioridad. En efecto, si aplicamos *strictu sensu* el derecho laboral, este personal obtendría la condición de empleado público de manera ajena a cualquier proceso selectivo, lo que constituye una vulneración de los arts. 23 y 103.3 de la CE así como de sus homólogos legales. Es en este punto donde desde algún sector doctrinal se ha propuesto como solución “intermedia” el recurso a la controvertida figura del personal indefinido pero no fijo. Solución intermedia, entendida en el sentido de que a través de ella se podrían conciliar las exigencias de ambos ordenamientos jurídicos, el social y el administrativo.

4.2. La reasunción de personal en el ente público a través de la polémica figura del “indefinido pero no fijo”

Resulta de dominio público que las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas se ven impregnadas de múltiples singularidades que se manifiestan tanto en el inicio de la relación laboral como durante su desarrollo y desenlace. Buena parte de estas particularidades afectan al régimen de contratación laboral y, de manera muy significativa, a las

⁵⁷ Ruano Rodríguez, L., *Constitución, función pública...*, *op. cit.* p. 44.

⁵⁸ En este sentido, Erkoreka Gervasio, J.I., “Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisitos de capacidad en el ejercicio de las funciones públicas”, *Revista vasca de administración pública*, n. 44, 2, 1996, pp. 266-267.

consecuencias jurídicas que se derivan de la contratación temporal realizada en fraude de ley o contraviniendo las exigencias normativas. Aunque la Administración, como empleador, puede recurrir perfectamente a las distintas modalidades de contratación previstas en la legislación laboral, incluyendo, por supuesto, las que se encuentran sujetas a una duración cierta, las dificultades surgen a la hora de conciliar las previsiones del Derecho del Trabajo para evitar una utilización abusiva de la temporalidad, recogidas básicamente en el art. 15 apartados 3 y 5 ET, con los principios de igualdad, mérito y capacidad que, como hemos visto, imperativamente han de regir el acceso al empleo público.

Es en este contexto en el que surgirá la controvertida figura de origen jurisprudencial del personal indefinido pero no fijo. La imposibilidad de aplicar el mecanismo de tutela previsto en el ordenamiento laboral consistente en la configuración de un juego de presunciones cuya operatividad hace que la relación laboral devenga indefinida, pues ello conculcaría los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, abriéndose una suerte de puerta falsa de acceso al empleo público, propició que la jurisprudencia, en la década de los noventa⁵⁹ y, todo sea dicho, en un alarde de creatividad normativa no exenta de grandes críticas (y votos particulares muy sólidos discrepantes con el parecer mayoritario de la Sala), diera carta de naturaleza a una nueva categoría de personal -el personal indefinido no fijo- inexistente hasta ese momento y que sólo muchos años más tarde y con ciertos avances respecto a la posición original en orden a las consecuencias jurídicas que se suceden como consecuencia del cese de tales trabajadores, se ha acabado reconociendo también a nivel legislativo (arts. 8.2 c) y 11 EBEP); eso sí, de una manera claramente insuficiente, al omitir cualquier consideración sobre los elementos esenciales de esta figura, señaladamente, sobre su régimen extintivo.

No es posible, por razones de espacio, detenernos en los no pocos vaivenes experimentados por la jurisprudencia hasta alcanzar la situación actual, ni tampoco en las múltiples cuestiones interpretativas que, todavía hoy, sigue suscitando esta figura; aspectos que, por lo demás, han sido abordados por los estudiosos de este tema⁶⁰. Será suficiente en este

⁵⁹ SSTs de 20 y 21 enero de 1998 (Rec. núm. 317/1997 y 315/1997, respectivamente.).

⁶⁰ Pueden consultarse, entre otros, Folguera Crespo, J., "Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales", *Actualidad laboral*, n. 18, 1992, pp. 337-343; Carratalá Teruel, J.L. y Labado Santiago, J.M., "Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública", *Tribuna Social*, n. 13, 1993, pp. 71-74; Borrajo Dacruz, E., "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial", *Actualidad Laboral*, n. 2, 1998, pp. 373-406; Garrido

momento con señalar que, actualmente, si el empleador es una Administración Pública, la irregular celebración de contratos temporales se saldará con su conversión en indefinidos. Ahora bien, dicha circunstancia no implicará la adquisición por el trabajador de fijeza en plantilla con adscripción definitiva al puesto de trabajo sino que el contrato se extinguirá cuando el puesto se cubra conforme al procedimiento reglamentario oportuno o, en su defecto, cuando la administración proceda a su amortización. En ambos casos (cobertura de la plaza y amortización) la jurisprudencia ha establecido, superando criterios anteriores mantenidos por la propia Sala Cuarta⁶¹, que el trabajador tendrá derecho a la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1 b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. En este sentido, se ha afirmado por el Tribunal Supremo que “la equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato”⁶².

Palacios, J., “Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, n. 2, 1998, pp. 183-192. Goerlich Peset, J.M. y Vega López, J., “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los ‘trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla’”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 1998. Moliner Tamborero, G., “La contratación de personal laboral por las administraciones públicas: Puntos críticos”, en Moliner Tamborero, G. (dir.), *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 17-112; Ramos Moragues, F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011.

⁶¹ Inicialmente, la jurisprudencia llegó a señalar que el contrato indefinido no fijo en administraciones públicas es un contrato sometido a la condición resolutoria implícita de provisión reglamentaria de la plaza, por lo que habilitaba a la Administración para extinguir el contrato, previa denuncia, cuando el puesto desempeñado desaparece por amortización y sin necesidad de recurrir a la vía del despido objetivo (STS de 22 de julio de 2013, Rec. núm. 1380/2012). Del mismo modo, se entendía que en los supuestos de extinción del contrato por cobertura de la plaza, el trabajador indefinido tenía derecho a la indemnización prevista en el art. 49.1 c) del ET para los contratos temporales (STS de 24 de junio de 2014, Rec. núm. 217/2013).

⁶² STS de 28 de marzo de 2017 (Rec. núm. 1664/2015). Tesis jurisprudencial asumida y reiterada por la doctrina judicial, entre otras, SSTSJ de Andalucía, de 8 de noviembre de 2017 (Rec. núm. 3582/2016) y de Castilla La Mancha, de 13 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 738/2017).

En este estado de las cosas, puede apreciarse una cierta identidad de razón entre la situación que motivó el origen de la figura del indefinido no fijo en materia de contratación laboral irregular y la situación que aquí se plantea. El punto en común es que en ambos casos la traslación de los efectos o consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento laboral colisionan frontalmente con los principios de acceso a la función pública. Mientras en materia de contratación laboral, una aplicación estricta del derecho del trabajo implicaría convertir en indefinida la relación laboral que une al empleado público con el organismo; en la sucesión de empresa, en cambio, la entidad pública deberá integrar en su plantilla a los trabajadores como empleados públicos. Por tanto, más allá de algunas diferencias de matiz -en un caso ya era personal de la administración pública, mientras que en el otro los trabajadores provienen de una empresa privada y van a adquirir por primera vez el estatus de empleado público- en el fondo el conflicto es el mismo: ocupar un empleo público al margen de un procedimiento que respete los requisitos de igualdad, mérito y capacidad; de ahí que la solución encontrada en su momento por la jurisprudencia podría ser extrapolable en los casos en que la incorporación a la plantilla del organismo público se produce como consecuencia del fenómeno sucesorio.

De hecho, esta es la posición que mantiene buena parte de la doctrina científica⁶³ y también es la tesis que se viene defendiendo -sin grandes argumentaciones, todo sea dicho- desde hace algunos años por la doctrina judicial⁶⁴. No así por parte de la jurisprudencia, cuya posición al respecto,

⁶³ Así lo consideran, entre otros, De La Puebla Pinilla, A., “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016, pp. 112-122; Rodríguez Escanciano, S., *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencia de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de la Trabajadores*, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 2010, p. 35; y Nores Torres, L.E., “La reversión de contratos en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, *El Derecho. Revista de Jurisprudencia.*, n. 2, 2016 (versión electrónica EDB 2016/31303). Dicho autor desarrolla esta tesis y, en relación al modo en el que articular esta figura, considera que ante la inexistencia de una modalidad contractual específica para el indefinido no fijo podrían darse tres alternativas: la primera sería recurrir al contrato ordinario indefinido, sin perjuicio de que al producirse la cobertura de la plaza o amortización de la misma procedería su extinción con la indemnización correspondiente; la segunda sería la inclusión como cláusula contractual la extinción por las causas antedichas (cobertura o amortización); la tercera y última, se canalizaría mediante la introducción en el contrato de una condición resolutoria en los mismos términos antedichos.

⁶⁴ Entre otras, *vid.*, SSTSJ de Canarias, Las Palmas, de 16 de enero de 2009 (Rec. núm. 129/2008) y de Andalucía, Granada, de 13 de mayo (Rec. núm. 1019/2015) y de 2 de julio de 2015 (Rec. núm. 1019/2015).

a día de hoy, no conocemos; pues si bien dicho órgano judicial, como hemos visto a lo largo de este trabajo, ha señalado en numerosas resoluciones que la reversión puede constituir un supuesto de transmisión empresarial con los efectos y consecuencias propias de esta institución, todavía no ha tenido que pronunciarse sobre la forma y condiciones en que deberían integrarse los trabajadores de la empresa en la plantilla del organismo público, al no haberse planteado tal cuestión por las partes interesadas. Entre tanto esto no se produzca, lo que viene a decir la doctrina judicial es que el mecanismo de sucesión *ex lege* previsto en el Estatuto de los Trabajadores para los casos de sucesión empresarial es indisponible para las partes, es decir, se trata de una norma de *ius cogens*; con lo cual, si concurren todos los requisitos exigidos para que opere, el mismo entrará en juego independientemente de la naturaleza jurídica pública o privada de las entidades empleadoras en las que preste servicios sucesivamente el trabajador. Ahora bien, lo anterior no impide que “(...) en aquellos casos especiales en los que un trabajador ingrese en la plantilla laboral de una Administración Pública como consecuencia de un cambio de empresario y *ex* artículo 44 del Estatuto, lo hará en la condición de indefinido no fijo de plantilla, con todas las consecuencias a ello inherentes”⁶⁵. Añadiéndose en esta línea que los trabajadores que se integren en el ente público por la vía de la subrogación empresarial, solamente pueden ser considerados como “indefinidos no fijos”, con las consecuencias previstas en la Disposición Adicional 15ª del ET, esto es, “(...) ello no es obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable y el trabajador indefinido no fijo continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”⁶⁶.

Sin embargo, frente a las posiciones judiciales y doctrinales que abogan por la aplicación de la tesis del indefinido no fijo, otro sector doctrinal considera que la figura del indefinido no fijo no es adecuada para el supuesto de la reversión de la gestión de un servicio público que constituye un supuesto de transmisión de empresa, argumentando en tal sentido que a través de la sucesión no cabe la transformación de la relación

⁶⁵ STSJ de Canarias, Las Palmas, de 16 de enero de 2009 (Rec. núm. 129/2008).

⁶⁶ STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 9 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 1693/2011).

laboral de fija en “indefinida no fija” y, especialmente, que no existe una identidad entre el supuesto que originó la doctrina del indefinido no fijo, a saber, una respuesta judicial a la contratación temporal celebrada en fraude de ley, con el supuesto actual que obedece meramente a la aplicación del mecanismo subrogatoria previsto por la normativa laboral y comunitaria, lo que impediría su extrapolación⁶⁷. Al margen de estos argumentos, habría que añadir que la consideración como personal indefinido no fijo, por más que ésta se haya “reconocido” legalmente, no es fruto de una decisión unilateral de la Administración Pública sino que obedece a una declaración judicial en la que se constata el carácter fraudulento o irregular de la contratación temporal celebrada por la Administración.

Sea como fuere, la realidad es que más allá de los argumentos dados en uno y otro sentido, tendremos que esperar una futura intervención del Tribunal Supremo en la que tendrá que clarificar la forma en que deberá integrarse dicho personal en las plantillas de los entes públicos. En todo caso, facilitaría mucho dicha labor, una intervención legislativa, esperada ya desde hace muchos años, dirigida de una vez por todas a disciplinar el régimen jurídico del personal indefinido pero no fijo.

5. Bibliografía

- Borrajo Dacruz, E., “Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial”, *Actualidad Laboral*, n. 2, 1998, pp. 373-406.
- Calvo Gallego, F.J., “Transmisión de empresas, sucesión de contratos y sector público”, *Temas Laborales*, n. 114, 2012.
- Cantero Martínez, J., “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado”, *Documentación Administrativa*, n. 286-287, 2010.
- Cantero Martínez, J., “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Crisis y externalización de servicios en el sector público: ¿solución o problema?*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

⁶⁷ *Vid.*, Mauri I Majos, J., “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017, pp. 112 y ss. Participa de esta opinión, Castillo Blanco, F.A., *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales...*, *op. cit.*, p. 109.

- Carratalá Teruel, J.L. y Labado Santiago, J.M., “Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública”, *Tribuna Social*, n. 13, 1993.
- Castillo Blanco, F.A., *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, Estudios de Relaciones Laborales, Barcelona, 2017, p. 20.
- De La Puebla Pinilla, A., “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016 (versión electrónica La Ley 2717/2016).
- Erkoreka Gervasio, J.I., “Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisitos de capacidad en el ejercicio de las funciones públicas”, *Revista vasca de administración pública*, n. 44, 2.
- Esteve Pardo, J., “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *Revista de Administración Pública*, n. 202.
- Fernández Delpuech, L., *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el empleo público*, BOE, Madrid, 2015.
- Folguera Crespo, J., “Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales”, *Actualidad laboral*, n. 18, 1992.
- Garrido Palacios, J., “Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, n. 2, 1998.
- Goerlich Peset, J.M. y Vega López, J., “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los ‘trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla’”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 1998.
- López Balaguer, M., “Reversión de contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTs de 19 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 2832, 2650, 2612, 2629/2016)”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n. 205, 2018.
- Madrigal Esteban, M.J. y Martínez Saldaña, D., “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n. 40, 2015.
- Marina Jalvo, B., “Consideraciones sobre el Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, n. 29, 2005.
- Martín Retortillo, L., *Méritos o botín*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.
- Mauri I Majos, J., “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017.
- Moliner Tamborero, G., “La contratación de personal laboral por las administraciones públicas: Puntos críticos”, en Moliner Tamborero, G. (dir.),

La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

Nores Torres, L.E., “La reversión de contrataciones en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, n. 2, 2016 (versión electrónica EDB 2016/31303).

Oliás De Lima Gete, B., “Cara y cruz de la externalización”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Crisis y externalización de servicios en el sector público: ¿solución o problema?*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

Ortega Bernardo, J. y De Sande Pérez-Bedmar, M., “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, en *Revista de Información Laboral*, n. 6, 2016.

Parada Vázquez, R., *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Puerta Seguido, F., “El acceso al empleo público”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, La Ley, Madrid, 2007.

Pulido Quecedo, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992.

Ramos Moragues, F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011.

Revilla Esteve, E., “Problemas actuales del régimen del personal en contrataciones de obras y servicios en las Administraciones Públicas”, *Documentación Laboral*, n. 106, 2016, pp. 87-96.

Rodríguez Escanciano, S., *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencia de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de la Trabajadores*, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 2010.

Rodríguez Escanciano, S., “Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 37, 2015.

Ruano Rodríguez, L., *Constitución, función pública y empleo laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

Sánchez Morón, M., *Derecho de la Función Pública*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

Tornos Mas, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo